

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL**

**EL ABUSO DE LA DECLARACIÓN TESTIMONIAL EN CALIDAD DE
ANTICIPO DE PRUEBA**



LICENCIADA KAREN YANIRA PALMA RECINOS

CHIQUMULA, GUATEMALA, NOVIEMBRE 2019

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL**



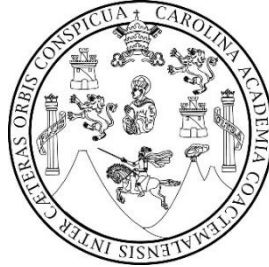
**EL ABUSO DE LA DECLARACIÓN TESTIMONIAL EN CALIDAD DE
ANTICIPO DE PRUEBA**

Informe final de tesis para la obtención del grado de Maestra en Ciencias en Derecho Penal, con base al Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado, aprobado por el Consejo Directivo del Centro Universitario de Oriente, en el punto Quinto del Acta once guion dos mil catorce (11-2014), en la sesión ordinaria celebrada el día dos de abril del año dos mil catorce.

LICENCIADA KAREN YANIRA PALMA RECINOS

CHIQUIMULA, GUATEMALA, NOVIEMBRE 2019

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL



RECTOR

M.Sc. Ing. MURPHY OLYMPO PAIZ RECINOS

CONSEJO DIRECTIVO

Presidente:	Ing. Agr. Edwin Filiberto Coy Cordón
Representante de profesores:	M.Sc. Mario Roberto Díaz Moscoso
Representante de profesores:	M.Sc. Gildardo Guadalupe Arriola Mairén
Representante de graduados:	Ing. Evelin Dee Dee Sumalé Arenas
Representantes de estudiantes:	A.T. Estefany Rosibel Cerna Cerritos
Representante de estudiantes:	P.C. Elder Alberto Masters Cerritos
Secretaria:	Licda. Marjorie Azucena González Cardona

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

M.Sc. Mario Roberto Díaz Moscoso

JURADO EXAMINADOR

Presidente:	Ph.D. Dina Azucena Cerín Miranda
Secretario:	M.Sc. Selvin Wilfredo Flores Divas
Vocal:	M.Sc. Edgar Aroldo Hichos Flores
Asesor de Tesis:	M.Sc. Melvin Giovanni Portillo Arevalo

Chiquimula 27 de Junio del año 2019.

MSc:

Mario Roberto Diaz Moscoso
Coordinador del Departamento de Estudios de Postgrado.
Centro Universitario de Oriente (CUNORI).
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho

Estimado Maestro:

Respetuosamente comunico a usted que recibí la versión final del trabajo de tesis denominado "**EL ABUSO DE LA DECLARACIÓN TESTIMONIAL EN CALIDAD DE ANTICIPO DE PRUEBA**", elaborado con mi tutoría por el Licenciada KAREN YANIRA PALMA RECINOS.

De acuerdo con los principios, procedimientos, métodos, y Técnicas de la Investigación Científica el trabajo elaborado es satisfactorio. La bibliografía consultada fue la adecuada a los requerimientos del tema investigado, siendo un tema que toca un tópico de actualidad y de análisis jurídico penal moderno en el derecho procesal penal guatemalteco.

Por lo que me complace informarle que para el suscrito la tesis que se presenta cumple con los requerimientos del normativo de tesis de Maestría Vigente, por lo que mi dictamen es favorable, en el sentido de que debe continuarse con el proceso académico y que el sustentante se someta al correspondiente examen de su tesis.

Al agradecer la atención del señor Director lo saludo de manera respetuosa.



Ph.D. MELVIN GIOVANNI PORTILLO AREVALO

ASESOR DE TESIS

CERTIFICACIÓN DE ACTA DE EXAMEN PRIVADO DE TESIS

DEPG- 30-2019

El Director del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Oriente de la Universidad de San Carlos de Guatemala, CERTIFICA: que ha tenido a la vista el Libro de Actas de Exámenes Privados de Tesis, del Departamento de Estudios de Postgrado, del Centro Universitario de Oriente de la Universidad de San Carlos de Guatemala, folios trescientos dieciocho y trescientos diecinueve, donde se encuentra el Acta EPT veintiséis guion dos mil diecinueve (ACTA EPT-26-2019), que copiada literalmente dice:-----

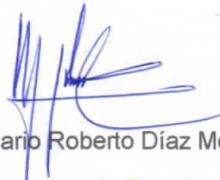
“Acta EPT-26-2019: En el salón L-1 de las instalaciones del Centro Universitario de Oriente, nos reunimos los miembros del Tribunal Examinador, Doctora en Derecho Dina Azucena Cerín Miranda (Presidenta), Maestro en Ciencias Selvin Wilfredo Flores Divas (Secretario) y Maestro en Ciencias Edgar Aroldo Hichos (Vocal), el día martes veintitrés de julio de dos mil diecinueve (2019), siendo las dieciséis horas, para practicar el **EXAMEN PRIVADO DE TESIS**, de la **Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria Karen Yanira Palma Recinos (Postulante)**, inscrita Registro Académico con carné **No. 201590387**, en la Maestría en Derecho Penal de esta Unidad Académica, como requisito previo a optar el grado de **Maestra en Ciencias en Derecho Penal** del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Oriente.-----

PRIMERO: Procedimos a efectuar el referido examen de conformidad con el **NORMATIVO DE TESIS DE MAESTRÍA Y DOCTORADO**, aprobado por el Consejo Directivo del Centro Universitario de Oriente, en el Punto Quinto del Acta once guion dos mil catorce (11-2014), en la sesión ordinaria celebrada el dos de abril de dos mil catorce.-----

SEGUNDO: El examen privado de tesis fue oral y consistió en la evaluación de los elementos técnico-formales y de contenido científico del informe final de la tesis **“EL ABUSO DE LA DECLARACIÓN TESTIMONIAL EN CALIDAD DE ANTICIPO DE PRUEBA”**. Elaborado por la postulante, Licenciada Karen Yanira Palma Recinos-----

TERCERO: El resultado del examen fue **APROBADO** por **UNANIMIDAD DE VOTOS**, por los Miembros del Tribunal Examinador. En fe de lo cual firmamos la presente acta, en la ciudad de Chiquimula, siendo las diecisiete horas con treinta minutos del día veintitrés de julio de dos mil diecinueve." Firmaron el acta Doctora Dina Azucena Cerín Miranda, Maestro en Ciencias Selvin Wilfredo Flores Divas, Maestro en Ciencias Edgar Aroldo Hichos Flores y Licenciada Karen Yanira Palma Recinos.

Para los efectos que a la interesada convengan, extiendo y firmo la presente en dos hojas de papel bond, en la ciudad de Chiquimula, veintinueve de agosto de dos mil diecinueve.



M.Sc. Mario Roberto Díaz Moscoso
Director Departamento de Estudios de Postgrado
Centro Universitario de Oriente



EL INFRASCrito DIRECTOR DEL CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, POR ESTE MEDIO HACE CONSTAR QUE: Conoció el Trabajo de Graduación que efectuó la maestrante **KAREN YANIRA PALMA RECINOS** titulado “**EL ABUSO DE LA DECLARACIÓN TESTIMONIAL EN CALIDAD DE ANTICIPO DE PRUEBA**”, trabajo que cuenta con el aval de su Asesor y Coordinador del departamento de Estudios de Postgrados, de la Maestría en Derecho Penal.

Por tanto, la Dirección del CUNORI con base a las facultades que le otorga las Normas y Reglamentos de Legislación Universitaria **AUTORIZA** que el documento sea publicado como **Trabajo de Graduación** a Nivel de Postgrado de **MAESTRA EN CIENCIAS** en la rama de **DERECHO PENAL**.

Se extiende la presente en la ciudad de Chiquimula, a veintinueve de octubre de dos mil diecinueve.

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”




Ing. Agr. Edwin Filiberto Coy Cordón
DIRECTOR
CUNORI - USAC

c.c. Archivo

EFCC/ars

DEDICATORIA

A DIOS:

Por su infinita misericordia, porque cuando la vida se me ha puesto difícil nunca me ha dejado caer, por siempre guiar mis pasos.

A MIS PADRES:

José Arnaldo Palma Espina y Sara Estela Recinos y Recinos de Palma, con todo mi amor y cariño, por haberme forjado como la persona que ahora soy, gracias por su amor, por su paciencia, por su esfuerzo y sacrificio hasta verme triunfar en la vida, los amo.

A MIS HIJOS:

Jose Alberto, Saulo Josue y Alejandro Emmanuel, mi inspiración de vida, por ser mi razón de vivir y salir adelante, por quienes lucho cada día para ser una mejor persona, porque sé que con la ayuda de Dios en un futuro ellos van a superar mis pasos.

A MIS HERMANAS:

Nancy, Yara, Karely, Rosario y Estela, gracias por su apoyo incondicional, por sus consejos, porque encuentro en cada una de ustedes el soporte que necesito para seguir adelante, las quiero mucho.

A MIS SOBRINOS:

Julian, Arabella, Kenneth, Kairy, Adriel, Nancy, Sara, Perla, Gabriela y Yara, para que sirva como estímulo profesional para ellos y por ser parte de esta hermosa familia.

- EN ESPECIAL A:** Abogado Víctor Manuel Cruz Rivera, por ser mi compañero de vida, por brindarme su apoyo incondicional, por su tiempo, por su amor y por sus consejos, a quien admiro por ser una persona noble y un gran ser humano, por ser parte de este éxito.
- A MI ASESOR DE TESIS:** Doctor Melvin Giovanni Portillo Arévalo, por apoyarme a lograr que este sueño se hiciera realidad.
- A:** Centro Universitario de Oriente de la Universidad de San Carlos de Guatemala, por ser parte de mi formación académica.

ÍNDICE

CONTENIDO	PÁGINA
INTRODUCCIÓN	iv
CAPÍTULO I	
DERECHO PROCESAL PENAL GUATEMALTECO	
1.1. Generalidades	1
1.2. Breve reseña histórica	2
1.3. Definición	2
1.4. El proceso penal como medio de solución de conflictos	4
1.5. Los sistemas procesales penales	5
1.5.1. Sistema acusatorio	6
1.5.2. Sistema inquisitivo (o inquisitorio)	7
1.5.3. Sistema procesal mixto	9
1.6. Fuentes del derecho procesal penal	12
1.6.1. La ley	12
1.6.2. Los tratados internacionales	13
1.6.3. La jurisprudencia	13
1.6.4. La doctrina	14
1.6.5. La costumbre	14
1.7. Fases del proceso penal Guatemalteco	15
1.7.1. Fase preparatoria, de instrucción o de investigación	16
1.7.2. Fase intermedia o de control	21
1.7.3. Fase de juicio o fase principal	24
1.7.4. Fase de impugnación	26
1.7.5. Fase de ejecución	27
CAPÍTULO II	
LA PRUEBA	
2.1. Evolución	29
2.2. Concepto de la Prueba	30
2.3. Elementos de la prueba	32

2.4. Objeto de la prueba	33
2.4.1. Objeto de prueba en abstracto	34
2.4.2. Objeto de prueba en concreto	35
2.5. Medios de prueba en general	36
2.5.1. La declaración del acusado	37
2.5.2. La víctima como órgano de prueba y su declaración como medio de prueba	38
2.5.3. La persona que revista la calidad de testigo	38
2.5.4. El perito o el intérprete	38
2.6. A quién corresponde probar	39
2.7. Sistemas de valoración de la prueba	43
2.7.1. Prueba legal	43
2.7.2. Íntima convicción	44
2.7.3. Libre convicción o sana crítica racional	45
2.8. La prueba en el proceso penal guatemalteco	46

CAPÍTULO III

LA INVESTIGACIÓN PENAL

3.1. La investigación penal	49
3.1.1. Generalidades de la investigación	49
3.1.2. Concepto de investigación	50
3.2. Los derechos humanos y la investigación penal	52
3.2.1. Vigencia de los derechos y garantías en la investigación preliminar	53
3.2.2. Limitaciones posibles	54
3.3. La investigación penal en Guatemala	56
3.3.1. El Ministerio Público como Órgano investigador	58
3.3.1.1. Dirección de investigación criminalística DICRI	60
3.3.1.2. Unidad de Métodos Especiales de Investigación	61
3.3.2. La intervención del juez durante la investigación	62
3.3.3. Pasos de la investigación	63
3.3.4. Las principales actividades de investigación	65

CAPÍTULO IV
EL ABUSO DE LA DECLARACIÓN TESTIMONIAL EN CALIDAD DE ANTICIPO
DE PRUEBA

4.1. La prueba anticipada	70
4.1.1. Generalidades	70
4.1.2. Concepto de la Prueba anticipada	71
4.1.3. Regulación legal	73
4.1.4. Sujetos procesales que pueden solicitar un anticipo de prueba	75
4.1.5. Anticipo de prueba de derechos de terceros	77
4.2. Declaración testimonial	78
4.2.1. Carácter y concepto de la prueba testimonial	78
4.2.2. Capacidad para rendir testimonio	81
4.2.2.1 Capacidad en abstracto	81
4.2.2.2 Capacidad en concreto	81
4.2.3. El deber de comparecer y prestar declaración	84
4.2.4. Excepciones al deber de comparecencia	84
4.3. La tutela judicial efectiva	85
4.3.1. Antecedentes	85
4.3.2. Definición	85
4.3.3. Regulación legal	88
4.4. Principio de objetividad en la investigación	92
4.5. Abusos de las declaraciones en calidad de anticipo de prueba	94
CONCLUSIONES	103
BIBLIOGRAFÍA	106
ANEXO	110

INTRODUCCIÓN

La regla general de la prueba anticipada es que nunca será descubierta, sino que se ofrecerá por las partes y admitirá por el órgano jurisdiccional, pero no en la etapa Intermedia (necesariamente), sino incluso desde que se formule denuncia o querrela; por ello, de ofrecerse en la etapa intermedia no seguiría las reglas de las pruebas en general, ante la evidente premura de su diligenciamiento y su imperiosa necesidad de evitar caminos rígidos y prolongados que pudieran retrasarla.

La oportunidad para ofrecerla acontece a partir de cualquier momento del procedimiento, hasta antes de que se celebre la audiencia de inicio del juicio. Así, cuando estamos en presencia de la prueba anticipada se evidencia que no existe descubrimiento probatorio alguno de las partes para ser perfeccionada y el único presupuesto que debe satisfacerse consiste en la procedencia que al respecto realice el juez contralor; esto es, cuando los sujetos procesales la soliciten, el órgano jurisdiccional deberá analizar la posibilidad de que la prueba por anticipar no pueda ser desarrollada en la audiencia de juicio oral y, de estimarlo procedente, la admitirá y realizará en el mismo acto, otorgando a las partes todas las facultades previstas para su participación en la audiencia de juicio oral.

En menester acotar que el ordenamiento jurídico es claro en establecer las situaciones y casos en los que debe recibirse un anticipo de prueba, resaltando que la finalidad de este es asegurar que dicho medio de prueba pueda ser atendido en el debate y valorado esto, porque por la naturaleza del mismo este se puede perder.

Al referirse a los abusos que pueden conllevar el diligenciamiento de la declaración testimonial en calidad de anticipo de prueba, no se está señalando que el Ministerio Público siempre solicita el mismo sin respetar los presupuestos señalados en la ley o que los Jueces o Tribunales que lo autorizan no verifican el cumplimiento de los presupuestos para su autorización, pero si es preciso explicar que existen situaciones en las que la persecución penal inicia por un hecho que señala como

delito, posteriormente se obtiene la declaración en anticipo de prueba del testigo, la cual contraviene o es contraria a la persecución penal ya sea porque se retracta o porque lo manifestado ya ante el Juez contradice todo lo que obra en la denuncia inicial o lo que ha expuesto ante el Ministerio Público, aspectos que conllevan a esta institución a tomar la decisión de que al decretarse la apertura a juicio y se señale la audiencia de ofrecimiento de prueba ofrezca como medios de prueba para su diligenciamiento en el debate oral y público, prescinda del anticipo de prueba ofreciendo la declaración del testigo por su comparecencia ante el tribunal o en el peor de los casos ofrezca ambos medios, evidencia con ello que desde un inicio nunca existió la necesidad para que sea autorizada la recepción de la declaración del testigo en calidad de anticipo de prueba.

Otra situación que también se ve como un abuso por parte del Ministerio Público, es requerir el anticipo de prueba para recibir la declaración testimonial de un niño, niña o adolescente, fundamentando su petición en el hecho que es menor de edad y debe evitarse su revictimización, sin que dicho requisito este contemplado en el artículo 317 del Código Procesal Penal, aspectos que motivaron la escogencia del tema denominado “El abuso de la declaración testimonial en calidad de anticipo de prueba”, teniendo por objetivo determinar que la declaración testimonial en calidad de anticipo de prueba como presupuesto general para su autorización por parte del Juzgador, se fundamenta en el obstáculo de poder obtener su diligenciamiento en el debate oral y público, por lo que dicho medio de prueba obtenida fuera de ese aspecto o utilizando otros presupuestos tales como el hecho que el declarante sea menor de edad para obtener su autorización viene a constituir un abuso por parte del Ministerio Público, siendo necesario analizar es viable o no la reforma del artículo 317 del Código Procesal Penal.

Para una mejor comprensión el presente trabajo de graduación se estructuró en cuatro capítulos, los cuales parten de lo general a lo específico, para lo cual, en el capítulo primero se explica la importancia del derecho procesal penal es que a través del mismo se viabiliza el derecho penal, puesto que para poder lograr

determinar si una persona realizó una conducta prohibida penalmente, necesita de una serie de fases que permitan llevarlo a ese fin, mismas que deben estar contenidas en la ley. Razón por la cual previo establecer porque se considera que existe abusos en la declaración testimonial en calidad de anticipo de prueba, se estima necesario conocer del desarrollo y eficacia del proceso penal.

El segundo capítulo se aborda el tema de la prueba, tema que reviste de importancia, pues la prueba la aportan las partes para convencer al juez de sus respectivas proposiciones de hecho, en este caso el Ministerio Público a través de ellas pretende demostrar su hipótesis acusatoria y por su parte la defensa desvanecer la misma, siendo la única de vital importancia en el proceso sirviendo de apoyo al Juez que imparte justicia para poder emitir un fallo apegado a derecho y por consiguiente justo, siendo necesario conocer de dicho tema para poder entender cuáles son los alcances de la declaración testimonial en calidad de anticipo de prueba y el por qué se considera que ha existido por parte del Ministerio Público un abuso en su utilización.

En el tercer capítulo se analiza la investigación penal, el cual reviste de importancia dentro del trabajo de graduación que se realiza en virtud que el proceso penal persigue la averiguación de la verdad como medio de fijar los hechos que materializan el objeto procesal. Se trata de la verdad sobre lo acontecido, o sea de conocer el hecho imputado en lo objetivo y subjetivo, con sus antecedentes y consecuencias; integración de la plataforma fáctica de los pronunciamientos de mérito. Por último, en el cuarto capítulo se explica por qué se considera que existe abuso de la declaración testimonial en calidad de anticipo de prueba, para lo cual se parte por explicar en qué consiste el anticipo de prueba, cuál es su base legal y los aspectos que se consideran para determinar que el Ministerio Público ha abusado del diligenciamiento del citado medio de prueba.

La hipótesis de la tesis fue la siguiente: “No se están observando los requisitos o reglas de admisibilidad y diligenciamiento en la declaración testimonial en calidad de anticipo de prueba”.

CAPÍTULO I

DERECHO PROCESAL PENAL GUATEMALTECO

1.1. Generalidades

El derecho procesal es, desde el punto de vista científico, una de las más jóvenes, pero también de las más vigorosas ramas jurídicas. En las relaciones del Estado con los particulares, esto es primordial, al ser un estudio para una correcta administración de justicia, justa e imparcial, se ocupa desde la actividad que efectúan los jueces hasta la ley que fundamenta la sentencia.

El derecho procesal penal va a investigar, identificar y sancionar, cuando se requiera, las conductas ilícitas que constituyen delito, analizando las circunstancias en cada caso y con el propósito de garantizar el orden social. El derecho procesal penal, en tal sentido, tiene objetivos relacionados al orden público.

En cuanto al contenido del derecho procesal, no se puede poner en duda que abarca la jurisdicción en su aspecto dinámico, es decir, vinculada al proceso, opina Alcalá-Zamora (1987, pág. 25), que “aunque se le estudie al derecho constitucional como atributo de la soberanía del Estado, y la competencia, pues debe imponerse límites a la actuación de los órganos jurisdiccionales”.

La importancia del derecho procesal penal es que a través del mismo se viabiliza el derecho penal, puesto que para poder lograr determinar si una persona realizó una conducta prohibida penalmente, necesita de una serie de fases que permitan llevarlo a ese fin, mismas que deben estar contenidas en la ley. Razón por la cual previa establecer porque se considera que existe abusos en la declaración testimonial en calidad de anticipo de prueba, necesario conocer del desarrollo y eficacia del proceso penal.

1.2. Breve reseña histórica

A lo largo de la historia, la humanidad ha conocido tres sistemas procesales: El acusatorio, el inquisitivo y el mixto. La configuración de los principios, normas y filosofía que cada uno de ellos comprende, se reflejan en dos etapas esenciales comunes a cualquiera de estos tres modelos, la etapa preparatoria (investigación o sumarial) y la del juicio (plenario o debate).

Existen tres funciones fundamentales que se realizan en el proceso, éstas son: La función de acusar, la función de defensa y la función de decisión. Si se imputa a una persona la comisión de un delito, alguien tiene que hacer la imputación. Por otra parte, es preciso concederle al acusado la oportunidad de defenderse y rebatir la imputación que se le hace. Por último, debe resolverse la situación del imputado, debe juzgársele, e imponérsele una pena si es culpable, o absolvérsele si es inocente.

El doctor Herrarte (1991, pág. 37), citando a Eugenio Florián (1993), esgrime que este autor concluye que “si las tres funciones anteriores están concentradas en una misma persona, se tendrá el proceso inquisitorio o más bien inquisitivo; por el contrario, si cada una de estas funciones es ejercida por diferentes personas, se tendrá el proceso acusatorio”. De donde, en el segundo caso se da un proceso de partes y en el primero un proceso unilateral de un juez con actividad multiforme.

1.3. Definición

Es conveniente hacer mención de lo que precisa Fernando Robles quién en términos generales, señala que el derecho procesal es:

“El conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado para la aplicación de las leyes de fondo, y su estudio comprende la organización del Poder Judicial, la determinación de la competencia de

los funcionarios que la integran y la actuación del juez y las partes en la substanciación del proceso” (pág. 16).

Florián (2001), presenta el derecho procesal penal como:

“como el conjunto de normas jurídicas que regulan el proceso, y considera que éste, a su vez, es el conjunto de actos mediante los cuales se provee, por órganos fijados y preestablecidos en la ley, y previa observancia de determinadas formas, a la aplicación de la ley penal en los casos singulares concretos, o sea, se provee a la definición de una concreta relación de derecho penal” (pág. 5).

Fontecilla (1943, pág. 1), sostiene que “el derecho procesal es la realización del derecho penal, puesto que el procedimiento se refiere a las normas para aplicar el derecho penal, para averiguar los hechos punibles y aplicar las penas”

Sobre este tema Manzini (1929), dice que:

“El conjunto de actos concretos, previstos y regulados en abstracto por el derecho procesal penal para obtener del órgano jurisdiccional (juez) la confirmación de la pretensión punitiva deducida por el órgano ejecutivo (ministerio público) y, eventualmente, para realizarla en forma coactiva, constituye la actividad judicial compleja y progresiva que se llama proceso penal” (pág. 15).

Seguidamente el autor Silva (1998), ofrece una definición de derecho procesal penal de la siguiente forma:

“Disciplina jurídica especial cuyo objeto de estudio consiste en la sistematización, exposición, análisis y crítica de una serie de actos jurídicos realizados por el tribunal, acusador, acusado y otros sujetos

procesales; actos que se encuentran orientados teleológicamente y mediante la aplicación del derecho penal sustantivo, tendientes a solucionar un conflicto cualificado en su naturaleza como penal. Implica además, la sistematización, exposición, análisis y crítica de la organización, jerarquía y funcionamiento de los órganos que en el proceso penal intervienen (sujetos procesales) y la forma en que se distribuye el trabajo (competencia)” (pág. 38).

Por su parte el autor Rivera (1999, pág. 5), sostiene que el derecho penal es: “el conjunto de actividades realizadas por preceptos previamente establecidos, que tiene por objeto determinar qué hechos pueden ser calificados como delito para, en su caso aplicar la sanción correspondiente”.

Indudablemente, existe la opinión mayoritaria de los autores, en el sentido de que el derecho procesal penal se encuentra incluido en el gran conjunto del derecho procesal, en consecuencia, su naturaleza jurídica corresponde al derecho público. En síntesis, se puede afirmar que el derecho procesal penal es el conjunto de normas jurídicas que van a regular el desarrollo del proceso penal.

En ese orden de ideas se considera el proceso penal como el conjunto de normas jurídicas que regulan el desarrollo y eficacia del proceso, como el mecanismo para determinar la responsabilidad de una persona a quien se le atribuye la comisión de un delito o una falta.

1.4. El proceso penal como medio de solución de conflictos

Generalmente, el proceso es asumido como el conjunto o sucesión de actos encaminados a la solución del conflicto, la composición del litigio o la satisfacción de pretensiones. Sin embargo, desde la perspectiva de la función jurisdiccional se considera al proceso como un medio de control social que permite al Estado cumplir determinados objetivos mediante la imposición a los particulares de una norma

jurídica adecuada al derecho que se entiende al proceso como “la sucesión de actos interdependientes coordinados a la obtención de la satisfacción jurídica mediante el ejercicio de la jurisdicción” (Dante, 2002, pág. 14).

El estudio del proceso corresponde a la teoría general del proceso, la cual ha permitido comprender que detrás de los simples actos procedimentales existe un fin más trascendente como es la respuesta estatal a fin de dar solución a una situación conflictual mediante la imposición del derecho, es decir, el proceso es un medio para redistribuir o reasignar derechos.

Dante (2002), ha señalado que en la teoría procesal se reconoce la denominada teoría unitaria del proceso, que sostiene el reconocimiento de conceptos e instituciones constantes, pues:

“Existen representaciones comunes válidas para los distintos tipos de proceso: la misma de proceso, la de acción, la de sentencia, la de impugnación, etc. Pero no es posible concebir una teoría general que intente modelar a todos ellos en nociones (y soluciones) idénticas, puesto que las particularidades de cada uno (constitucional, civil, administrativo, penal, etc.) van acentuando características que, a poco andar, alejan sus desarrollos del tronco conceptual común” (pág. 11).

1.5. Los sistemas procesales penales

El proceso penal, básicamente, se rige por el sistema inquisitivo o el acusatorio, aunque resulta común que la diversa legislación no recoja ninguno de los dos de manera pura; por lo que algunos autores hablan de un sistema mixto. Según apuntes de Robles (2017, pág. 19), en la mayoría de los países, “el sistema acusatorio se estableció primero, luego se pasó al sistema inquisitivo y posteriormente, a lo largo del siglo XIX, al sistema mixto, el cual consiste en una

combinación de los dos anteriores”. En una primera etapa predominó el sistema inquisitivo y en una segunda, el sistema acusatorio.

1.5.1. Sistema acusatorio

El sistema acusatorio, por su parte, considera al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba -a diferencia del sistema inquisitivo- frente a la defensa en un proceso contradictorio, oral y público, en el cual, el juez tiene un rol pasivo y se centra en resolver la controversia en base a su libre convicción.

Se dice que los antiguos pueblos germanos, son el único ejemplo de un sistema acusatorio ciento por ciento puro, un debate caracterizado por la prevalencia de la oralidad y la publicidad.

En Grecia ya con un sistema acusatorio popular, la justicia se ejercía de cara al pueblo mediante tribunales integrados por ciudadanos honorables y prominentes de la localidad, avances que se trasplantarían a la Republica Romana.

Poroj (2011), aporta que el sistema se determina de la siguiente forma:

- a) “El debate se caracterizó por la prevalencia de la oralidad y la publicidad.
- b) Los tribunales se integraban por ciudadanos honorables y prominentes de la localidad (Esto instituye el sistema de jurados).
- c) Se consideró que la mejor forma de juzgar consistía en la existencia de dos partes: una que llevara la acusación y otra que llevara la defensa.

- d) El juez, asamblea o jurado popular, debía encontrarse como un sujeto supra-ordenado con el máximo de imparcialidad para poder examinar las contrapuestas posiciones de las partes.
- e) Se busca la igualdad de las partes.
- f) El juez no debe tener iniciativa en la investigación.
- g) Debería de existir acusación en los delitos públicos; acción popular y en los delitos privados debía de ser el perjudicado u ofendido.
- h) En relación con los principios de procedimiento debía ser: proceso oral, público contradictorio y continuo.
- i) La prueba se valoraba según la íntima convicción.
- j) La sentencia produce eficacia de cosa juzgada.
- k) Por último, en relación con las medidas cautelares, la libertad del acusado, es la regla general” (pág. 30).

1.5.2. Sistema inquisitivo (o inquisitorio)

El autor Robles (2017), aporta,

“el sistema procesal penal de la Inquisición seguía un modelo de justicia punitiva, en el que un grupo o todo el tribunal que dictaba sentencia eran también parte interesada en el proceso penal, en lugar de constituir una instancia imparcial entre las dos partes enfrentadas.

El sistema inquisitivo en materia penal aparece históricamente después del sistema acusatorio, en un contexto social muy especial y como producto de un cambio político. El desarrollo de este sistema, que en su forma original es el más puro, lo ubicamos entre los siglos XIII y XVIII, período histórico cuando el poder estuvo en manos de la Iglesia católica, que se encontraba en su máximo apogeo político, compartido con las monarquías absolutas de la época. Su decadencia se inició con los cambios doctrinarios y políticos que se dieron a partir de la Revolución francesa.

En ese período, dada la influencia de la Iglesia en todas las áreas de la sociedad, que incluía el tema del enjuiciamiento penal, el procedimiento y castigo que se aplicaba a sus miembros fue extendiéndose, poco a poco, a otros ámbitos de aplicación, entre los cuales destaca el de la justicia penal” (pág. 20).

Indica el autor Poroj (2011), que se puede extraer en forma inmediata como características del sistema inquisitivo, sin pretender agotarlas, las siguientes:

- a) “Es un sistema que nace con la caída del imperio Romano y el fortalecimiento de la Iglesia Católica; (Derecho Canónico).
- b) Se establece la búsqueda de la verdad como fin principal del proceso penal y como medio para obtenerla, la confesión que se sitúa como la reina de las pruebas, al lado de los documentos públicos que hacen plena prueba.
- c) Se configuran reglas de apreciación obligatorias para todos los funcionarios judiciales, señalándose que hace y que no hace prueba. Es decir, que la prueba se valora conforme a un sistema legal y la ley da el valor que debe asignársele.

- d) Se privilegia la fase de investigación o sumario y el debate queda regalado a un mero acto formal, el pronunciamiento de la sentencia.
- e) El juez debía de ser magistrado o juez permanente. Procedía de oficio a la averiguación de un delito y que este funcionario lleva a cabo la instrucción y subsiguiente acusación.
- f) Los principios del proceso son: secretividad, escritura, y no contradictorio.
- g) Se considera al inculpado como la mejor fuente de conocimiento de los hechos, e incluso se le puede obligar a declarar, aun usando medios coactivos.
- h) El juez formula la decisión definitiva, condenando o absolviendo al inculpado.
- i) En relación a la sentencia, no hay cosa juzgada.
- j) Y en relación con las medidas cautelares, el estado de prisión es el criterio general” (págs. 31-32).

1.5.3. Sistema procesal mixto

Este sistema se relata que fue adoptado por los países hispanoamericanos, y en este, se combinan las características del Acusatorio y del Inquisitivo.

Las características mínimas que pueden señalarse son las siguientes, acota Poroj (2011):

- a) “Se tiene función divina, una entidad que acusa, una que defiende y una que juzga.
- b) Se tiene una fase escrita en general (preparatoria).
- c) Se tiene una fase oral (debate).
- d) El sistema de valoración de la prueba, es la íntima convicción.
- e) El juez tiene aún iniciativa en la investigación.
- f) Existe acusación en los delitos públicos; y en los delitos privados debía de ser el perjudicado u ofendido.
- g) En relación con los principios de procedimiento existe la oralidad, publicidad y el contradictorio.
- h) La sentencia produce eficacia de cosa juzgada.
- i) Por último en relación con las medidas cautelares, la libertad del acusado, es la regla general.
- j) El juez debe ser magistrado o juez permanente.
- k) En cuanto a los principios del proceso, algunas se mantienen en secretividad, y por escrito” (págs. 32-33).

En el caso de Guatemala se considera que este se rige por un sistema mixto, porque se sustenta en el sistema acusatorio pero con algunas peculiaridades del sistema inquisitivo, como por ejemplo:

- a) El proceso es público, pero en algunos casos puede ser reservado tanto para todo ciudadano como para el mismo acusado.
- Reservar las actuaciones en forma total o parcial del sindicado (siempre que no esté ligado a proceso) por parte del Ministerio Público, por un plazo que no podrá superar los diez días corridos. Ver artículo 314 del código procesal penal.
 - El debate es oral y público, pero puede ser a puerta cerrada en los casos del artículo 356 del Código Procesal Penal.
- b) El debate se fundamenta en la oralidad, esto quiere decir la intervención se va a dar a viva voz por las partes, salvo lo que indica el artículo 363 del código procesal, en relación a la lectura de documentos.
- c) En el proceso penal cuando declara el sindicado, la característica del proceso acusatorio es que al momento del interrogatorio lo realice únicamente el Ministerio Público y su Abogado Defensor, pero en el debate, se le concede la facultad a los miembros del tribunal poder interrogarlo, esto de conformidad con el artículo 370 del Código Procesal Penal.
- d) Respecto al ofrecimiento de la prueba esta le compete a cada una de las partes (Ministerio Público y Abogado Defensor) pero si fuere necesario el tribunal dentro del desarrollo del debate podrá de oficio ordenar una inspección (se verifica el lugar, condiciones y aspectos relevantes, se puede realizar a cualquier hora) o reconstrucción de hechos (es volver a revivir el hecho delictivo, en su forma, modo y tiempo, esto quiere decir que a la hora en que fue cometido), tal y como lo dispone el artículo 380 del Código Procesal Penal.

1.6. Fuentes del derecho procesal penal

Cuando se habla de las fuentes del derecho procesal penal, se hace referencia a aquellas disposiciones que pueden citarse válidamente en el proceso para fundamentar un acto procesal.

Indica Robles (2017), que existen diferentes clasificaciones como las siguientes:

- a) “Fuentes orgánicas, como la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece los órganos jurisdiccionales y sus respectivas funciones.
- b) Fuentes directas, que son las normas fundamentales que regulan el proceso penal, por ejemplo, el Código Procesal Penal o su antecesor, el Código de Procedimientos Penales, así como las leyes que modifican el proceso penal.
- c) Fuentes indirectas, que son la jurisprudencia y la costumbre, en la medida que surgen como expresiones espontáneas de la norma procesal” (pág. 23).

Al margen de lo antes mencionado, la clasificación más común alude a las fuentes formales del derecho procesal penal, entre las cuales podemos citar a las normas constitucionales y la legislación procesal penal positiva (la ley), así como también a los tratados internacionales (normas supranacionales), la jurisprudencia en materia penal y/o constitucional referidas al proceso penal, la doctrina y la costumbre.

1.6.1. La ley

Dentro del sistema romano germánico, la ley es considerada como la principal fuente del derecho e incluye en su concepto a la norma constitucional y a las demás de inferior jerarquía. En la parte orgánica de la Constitución se establece la

organización del Poder Judicial y, por ende, de la Administración de justicia, incluyendo derechos y principios que son la base del derecho procesal, como el debido proceso y la tutela jurisdiccional, así como otros que se refieren de manera específica al ámbito procesal penal, por ejemplo, el principio de no ser condenado en ausencia, el de no ser penado sin un proceso judicial o el de no ser privado del derecho de defensa, entre otros.

1.6.2. Los tratados internacionales

Son normas supranacionales, es decir, acuerdos que se celebran entre dos o más países y que se aplican en un ordenamiento jurídico en la medida que ese país los haya ratificado. Su jerarquía dentro de la pirámide normativa nacional es equivalente a la de la ley, mientras sean de carácter procesal penal, ya que las relativas a derechos humanos tienen rango constitucional.

1.6.3. La jurisprudencia

La jurisprudencia está conformada por los fallos judiciales que se emiten en los distintos procesos judiciales. En sentido amplio, incluye a todas las sentencias sin importar el nivel jerárquico del juez que la emite; sin embargo, las sentencias emitidas por las salas penales de la Corte Suprema tienen particular importancia en la medida que pueden convertirse en jurisprudencia vinculante, es decir, de obligatorio cumplimiento cuando así lo menciona de manera expresa la propia sentencia; si se da el caso, deberán ser acatadas en las resoluciones de todas las instancias del Poder Judicial. Igual o mayor importancia se puede conferir a los acuerdos de sala plena de la Corte Suprema en materia penal o procesal penal que, por lo general, también van a tener efecto vinculante.

En el sistema anglosajón, “la jurisprudencia es considerada como la principal fuente del derecho, en el que suele tener carácter vinculante” (Robles, 2017, pág. 24). A diferencia del sistema romano germánico, en el que se le considera como una fuente

complementaria a la norma escrita o ley, entendida en sentido extenso, y solo adquiere obligatoriedad cuando el propio tribunal de justicia así lo declara.

1.6.4. La doctrina

Es la fuente del derecho contenida en libros, revistas o artículos, físicos o digitales, que son obra de juristas nacionales o extranjeros que analizan instituciones jurídicas u otras fuentes del derecho para explicarlas, como puede ser la interpretación de la ley o de alguna jurisprudencia.

La doctrina es una fuente secundaria que se va a aplicar de manera subsidiaria a las que hemos mencionado anteriormente. La doctrina adquiere mayor importancia en función del prestigio o reconocimiento que pueda tener el jurista que la formula. La doctrina suele ser utilizada como medio para consolidar el sustento doctrinario de las otras fuentes del derecho aplicadas a un caso concreto, ya sea por los operadores judiciales, representantes del Ministerio Público o abogados de la defensa.

1.6.5. La costumbre

La costumbre, al igual que la doctrina, no constituye fuente directa en el derecho procesal penal. La costumbre consiste en las manifestaciones de un grupo social, como puede ser un poblado, una comunidad campesina o nativa, en donde es aceptada de manera generalizada como norma, aunque no se encuentre escrita. En tal sentido, para que la costumbre sea fuente del derecho, debe concurrir la repetición de las acciones que la constituyen durante un periodo de tiempo prolongado y que estas tengan aceptación general en un grupo social.

Al respecto, Alzamora, citado por Robles (2017), señala que: “La costumbre fluye libremente del pueblo, a diferencia de la ley, cuya formación se realiza dentro de ciertas pautas o reglas, la costumbre surge como expresión de la vida, limitada a un

ámbito geográfico, a una clase, a un grupo. En su mayoría, las costumbres surgen del uso local”.

La Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 66, por medio del cual el Estado reconoce, respeta y promueve, entre otras cosas, las costumbres y las formas de organización social de los pueblos indígenas de ascendencia maya; sin embargo, el mismo texto constitucional reconoce la función jurisdiccional con exclusividad absoluta a la Corte Suprema de Justicia en el Artículo 203; así como por varios tratados y convenciones en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por el Estado de Guatemala, entre los que se encuentran la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y el Convenio Sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio 169) de la Organización Internacional del Trabajo.

En el caso concreto es necesario aclarar que Guatemala en materia penal no se rige por la costumbre, esto porque siempre se debe guiar en lo que la ley le impone, en especial para el caso del juzgamiento de los delitos y las faltas.

1.7. Fases del proceso penal Guatemalteco

El juicio pena, cuyo núcleo es el debate, está compuesto por el conjunto de actos que tienden a reproducir los hechos tal cual sucedieron en la escena del crimen. Con el fin de aproximarse lo más posible a la verdad real que se investiga, con el objeto de emitir un veredicto justo que resuelva el conflicto que lo originó.

En ese orden de ideas, el juicio, no solo es la fase más importante del proceso penal guatemalteco, sino resulta ser el centro mismo del proceso penal, es decir que todo el procedimiento tiende a girar alrededor del juicio, que en última instancia será la fase de decisión del proceso penal, porque será aquí donde finalmente se tenga

que decidir, si el procesado es culpable o es inocente de la acusación formulada, de tal suerte que cuando el proceso no se desarrolla adecuadamente, se pervierte el juicio y todo el sistema de garantías que lo apuntala.

El Código Procesal Penal (Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala) el cual se encuentra vigente desde el 1 de julio del año 1994. El Código regula un proceso común y seis procesos específicos. Así el libro segundo contempla el procedimiento común aplicable para los delitos de acción pública y el libro cuarto prevé los siguientes procedimientos específicos: a) Procedimiento abreviado, b) Procedimiento para delitos menos graves; c) Procedimiento especial de averiguación, d) Juicio por delitos de acción privada, e) Juicio para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad y corrección, y f) Juicio por faltas.

En el presente trabajo de graduación, se hace referencia con exclusividad al procedimiento común u ordinario, el cual cuenta con las siguientes fases:

- a) Preparación de la acción pública
- b) Procedimiento intermedio
- c) El juicio
 - c.1) Preparación del debate
 - c.2) Debate
- d) Impugnaciones
- e) Ejecución

1.7.1. Fase preparatoria, de instrucción o de investigación

Esta primera etapa del proceso penal guatemalteco, constituye la fase preparatoria de la acusación para el juicio y se refiere a la investigación preliminar que está confiada exclusivamente al Ministerio Público, quien con plena autonomía funcional tiene a su cargo facultades constitucionales como, el ejercicio de la acción penal

pública y velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país, artículo 251 de la Constitución Política de la República.

El autor Poroj (2011), señala una forma procesal resumida de la etapa preparatoria:

- a) “Al darse un hecho con características de delito, se hace constar en un acto introductorio.
- b) Se recibe la declaración del sindicado (a) y el juez de primera instancia, dicta auto de procesamiento y medida de coerción.
- c) Se concede como máximo tres o seis meses de investigación, para que el Ministerio Público recabe elementos de investigación (prueba).
 - En ese plazo puede apersonarse al proceso el querellante adhesivo.
 - En ese plazo pueden plantearse obstáculos a la persecución penal.
- d) Termina la etapa cuando se presenta el acto conclusivo que considere presentar el Ministerio Público” (pág. 177).

La etapa preparatoria sirve para que el Ministerio Público realice la investigación de un hecho señalado como delito o falta; misma que se encuentra bajo el control directo del Juez de Primera Instancia Penal.

Es por ello que el Ministerio Público deberá práctica todas las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho, con todas las circunstancias de importancia para la ley penal. Tiene como fin establecer quiénes son los partícipes, procurando su identificación y el conocimiento de las circunstancias personales que sirvan para valorar su responsabilidad o influyan en su punibilidad. En ese orden de

ideas, dicha etapa inicia con el acto introductorio y termina con la presentación del acto conclusivo, a través del cual el Ministerio Público le indica al juez, como debe de concluir dicha etapa.

La responsabilidad de la instrucción o investigación corresponde con exclusividad al Ministerio Público, atribución que tiene base constitucional y legal, por cuanto el Artículo 251 de la Constitución Política de la República de Guatemala dispone que el Jefe de dicha institución será el Fiscal General y le corresponde el ejercicio de la acción penal pública. Así mismo el Artículo 46 del Código Procesal Penal establece que el Ministerio Público, por medio de los agentes que designe, tendrá la facultad de practicar la averiguación por los delitos que el Código le asigna y que ejercerá la acción penal conforme dicho Código.

Por último, la Ley Orgánica del Ministerio Público determina en su Artículo 1º que el Ministerio Público es una institución con funciones autónomas que promueve la persecución penal y dirige la investigación de los delitos de acción pública. Debe advertirse que en ésta primera etapa del proceso penal común el Juez de Primera Instancia Penal únicamente interviene como contralor de la investigación llevada a cabo por el Ministerio Público.

La instrucción debe agotarse en un plazo máximo de tres meses contados a partir del auto de prisión preventiva. Ahora bien, si dentro del procedimiento se hubiere dictado una medida sustitutiva a favor del acusado el plazo máximo del procedimiento preparatorio durará hasta seis meses, a partir del auto de procesamiento. Si no se hubiere dictado ninguna de las medidas anteriormente indicadas la investigación no estará sujeta a plazo alguno (Artículo 24 Bis. del Código Procesal Penal).

En el Código Procesal Penal se ve estructurada la etapa preparatoria de la siguiente manera:

- a) Inicia con los actos introductorios, siendo aquellos por medio de los cuales se pone en conocimiento de autoridad competente, la comisión de un hecho delictivo, con la finalidad que se inicie la persecución penal. Regulando la denuncia, querrela y prevención policial, contenidos del artículo 297 al 305 del Código Procesal Penal. Es importante acotar que todo acto introductorio es trasladado al Ministerio Público puesto que es este quien tiene a su cargo la etapa preparatoria y por consiguiente el ejercicio de la investigación de todo hecho señalado como delito.

- b) Recibida la denuncia por el Ministerio Público, se inicia las diligencias de investigación, esto con el objeto de recabar todos los medios de convicción necesarios, para individualizar al sindicado, establecer como se cometió el hecho (lugar, tiempo y modo), quienes son los afectos, que bienes jurídicos tutelados se lesionaron, para ello el Ministerio Público realiza sus funciones en base lo que es establecen los artículos 46, 107, 108, 181, 289, 290 y 309 del Código Procesal Penal, practicando para ello todas las diligencias que estime conveniente en busque de la verdad, reguladas del artículo 181 al 253 de la citada norma legal. Es imperioso indicar que el Ministerio Público dentro de su función de investigación debe actuar con objetividad, siempre en búsqueda de la verdad, recabando para ello toda circunstancia de cargo o de descargo.

- c) Practicada las diligencias de investigación e individualizado al sindicado, el Ministerio Público con la finalidad que el mismo se presente ante el Juez competente, puede solicitarle a este último una medida de coerción que regula el Código Procesal Penal en los artículos 255, 256, 257, 259, 262, 263 y 264 toda vez que las medidas de coerción tienen por objeto asegurar la presencia del sindicado al proceso, por lo que en el caso concreto el Ministerio Público puede decidir si le solicita al Juez una citación o en todo caso una orden de detención, esto dependiendo de las circunstancias del proceso.

- d) Una vez dictada la medida de coerción si en caso fuera una orden de detención, se daría paso a la detención legal, procedimiento que tiene su asidero legal en la Constitución Política de la República de Guatemala, en los artículos 6, 7, 8, 9,10, 12 y 14 en el Código Procesal Penal en el artículo 257 y 258 que establece los presupuestos para la detención de una persona, que van desde quien es el facultado para ordenar la detención, el procedimiento que debe realizarse, los plazos para poner a disposición al detenido ante juez competente y para recibirle su primera declaración.
- e) Detenida la persona, debe recibírsele su primera declaración en base a lo que establecen los artículos del 70, 71, 81 al 87 del Código Procesal Penal, es menester hacer ver que en dicha declaración se le intimaran los hechos al sindicado por el Ministerio Público, el sindicado si así lo considera declarara, se resolverá su situación jurídica esto quiere decir si se le liga a proceso o se decreta una falta de mérito, para lo cual el juez deberá analizar los artículos 82 numeral 4, 320, 321, 322 y 272 del Código Procesal penal.

Así mismo, en la primera declaración si se le liga a proceso, el Juez de conformidad con lo estipulado en el artículo 82 numeral 5 del Código Procesal Penal, decidir después de escuchar los argumentos y demostración del representante del Ministerio Público y al Abogado defensor, que medida de coerción aplicará, analizando para el efecto si aplica una prisión preventiva si en caso concurren los presupuestos de los artículos 13 de la Constitución Política de la República de Guatemala, 259, 260, 261, 262 y 263 del Código Procesal Penal. O una medida sustitutiva de las contenidas en el artículo 264 del citado cuerpo legal.

Al ligar a proceso al sindicado y otorgarle una medida de coerción, tiene como efecto que el procedimiento preparatorio se sujete a un plazo de investigación, tal y como lo regula los artículos 323 y 324 Bis., último párrafo del Código Procesal Penal, por lo que el Juez en cumplimiento de lo establecido en el artículo 82 numeral 6 de la norma antes referida, fija el plazo de la investigación, señala fecha para la

presentación del acto conclusivo y fecha para la celebración de audiencia intermedia, en la cual se discutirá el acto conclusivo.

- f) Como lo mencionamos anteriormente al ligar a proceso y aplicar una medida de coerción al sindicado, el procedimiento preparatorio está sujeto a un plazo por lo cual el Ministerio Público debe investigar dentro de dicho plazo.

- g) Vencido el plazo fijado al Ministerio Público para investigar, este debe presentarle al Juez su acto conclusivo la fecha que le fue indicada en la primera declaración, por lo que el cumplimiento de lo que ordenan los artículos 324, 325, 332 del Código Procesal Penal, debe indicarle al juez en qué sentido concluye con su investigación, decidiendo si solicita la acusación y apertura a juicio o la clausura provisional, sobreseimiento, acusación por la vía especial del procedimiento abreviado, criterio de oportunidad o suspensión de la persecución penal, actos que serán discutidos en la audiencia intermedia. Si el Ministerio Público no presenta su acto conclusivo en la fecha indicada, se hace uso del control judicial en la forma y con los efectos que impone el artículo 324 Bis. Del Código Procesal Penal.

1.7.2. Fase intermedia o de control

Claría (1998), sostiene que la fase intermedia es:

“es una denominación más descriptiva que conceptual, puesto que hace referencia a una etapa procesal que se sitúa luego de la instrucción y antes del procedimiento principal. De tal manera, que concibe la misma como un estadio de la instrucción a la que denomina crítica instructoria, porque la tarea a desempeñar durante él, es de naturaleza eminentemente crítica, en oposición a la investigativa donde predomina la labor práctica. En ella se analizará todo lo actuado, con intervención de las partes penales (imputado, ministerio fiscal y en su

caso, el querellante), para concluir y decidir sobre el resultado de la instrucción (pág. 23).

La etapa intermedia tiene su inicio cuando en ente Fiscal del Ministerio Público presenta alguno de los actos conclusivos de la etapa de investigación, lo cual debe de hacerse dentro de los tres meses posteriores a haberse procesado y dictado auto de prisión preventiva, o bien dentro de los seis meses posteriores como máximo, si se dictó auto de procesamiento y medida sustitutiva.

Claro está que ahora al final de audiencia de declaración, al decidir el juez contralor de investigación, dictar procesamiento y alguna de las medidas de coerción citadas en el párrafo anterior, de una vez fija el día en que está obligado el Ministerio Público a presentar uno de los actos conclusivos de etapa preparatoria y a la vez fija el día y la hora para la discusión en la audiencia intermedia del acto conclusivo que se haya de presentar.

Señala Poroj (2011), la audiencia intermedia tiene como finalidad discutir sobre la pertinencia del requerimiento fiscal:

- a) “En caso de formularse acusación se discutirá sobre los hechos planteados y la probabilidad de que puedan ser mostrados en debate.
- b) En los demás requerimientos (sobreseimiento, clausura provisional, suspensión condicional de la persecución penal, procedimiento abreviado o criterio de oportunidad) se considerará sobre la idoneidad y pertinencia de los mismos” (pág. 308).

El procedimiento intermedio tiene por objeto que el Juez evalúe si existe o no fundamento para someter a una persona a juicio oral y público por la probabilidad

de su participación en un hecho delictivo o bien para verificar la fundamentación de las solicitudes de sobreseimiento, clausura provisional, criterio de oportunidad, suspensión condicional del proceso, o del procedimiento abreviado que formule el Ministerio Público de acuerdo al Artículo 332 del Código Procesal Penal.

Es prácticamente corto, por cuanto que a través de una audiencia el juez de Primera Instancia Penal, con intervención de las partes, en la que el Ministerio Público actuará en dicha audiencia a través de los Agentes Fiscales de conformidad con su propia ley orgánica, y no por medio de los Auxiliares Fiscales como muchas veces sucede, decidirá si decreta la apertura a juicio en contra del sindicado o aplica un sobreseimiento o cualquiera de las instituciones procesales indicadas con anterioridad.

Del artículo 332 al 345 del Código Procesal Penal se encuentra contenida dicha etapa, misma que se desarrolla a través de una audiencia intermedia, estructurada en dos partes:

- a) La discusión del acto conclusivo presentado por el Ministerio Público, con intervención de cada una de las partes constituidas en el proceso (Ministerio Público, Querellante Adhesivo si los hubiere, Abogado Defensor).
- b) La decisión del Juez respecto de la solicitud, misma que puede versar:
 1. Si la acto conclusivo consiste en la acusación y solicitud de apertura a juicio, si existe fundamento serio para someter a una persona a juicio oral y público, por la probabilidad de su participación den un hecho delictivo, el juez la declara con lugar, dictara el auto respectivo, convocando a las partes a una audiencia de ofrecimiento de prueba, señalando que Tribunal de Sentencia es competente para conocer del juicio, señalando día y hora para el debate y remitiendo las actuaciones al tribuna respectivo.

2. Si el acto conclusivo, fuere cualquiera de los otros ya enumerados, el juez de igual forma debe decidir si lo admite o no.

1.7.3. Fase de juicio o fase principal

Esta es la fase más importante del proceso penal en un sistema republicano y democrático de gobierno, que haya adoptado para juzgar el modelo de corte acusatorio, como es el caso de Guatemala, es en esta fase donde se resuelve o se redefine el conflicto, es aquí donde a través de un debate oral, público, continuo y contradictorio, se decide sobre la culpabilidad o la inocencia del procesado, convirtiéndose así en el centro de todo el proceso penal, desde que éste principia, se hace pensando en depurar la acusación para el juicio, la fase de impugnación básicamente se refiere a la impugnación del fallo que se emite en el juicio, la fase de ejecución se refiere, a la ejecución de la sentencia que nace del juicio; sin embargo, la etapa más importante del juicio resulta ser el debate, porque al final del mismo se produce la sentencia (condenatoria o absolutoria) que constituye el producto genuino y directo del juicio.

Binder (1993), sostiene que el juicio oral garantiza la observancia y el cumplimiento de las garantías constitucionales de las partes, ya que por su carácter público, permite que la justicia sea percibida por la población en general y cita a Alfredo Vélez Mariconde, que expuso:

“En definitiva se ha sintetizado un pensamiento universalmente admitido, el juicio oral, público, contradictorio y continuo se presenta como el mecanismo más apto para lograr la reproducción lógica del hecho delictuoso, como el más eficiente para descubrir la verdad, como el más idóneo para que el juez forme un recto y maduro convencimiento, como el más capaz de excluir el arbitrio judicial y dar a las partes oportunidad para defender sus intereses, como el que permite el control público de los actos judiciales, que es fuente de rectitud, de ilustración y de garantía

de justicia, como el que mejor responde a las exigencias constitucionales” (pág. 328).

Seguidamente el autor Poroj (2011), expone que:

“Es la etapa del proceso penal que tiene por fin establecer si se acreditan o no, total o parcialmente, los extremos argumentados fáctica y jurídicamente en la acusación (querrela o auto de elevación a juicio, o en la querrela exclusiva, en su caso), con certeza positiva fundada en la prueba examinada y contra examinada por las partes y recibida por el tribunal, que declara por sentencia la relación jurídico-sustantiva basada en el debate realizado en forma pública, oral, continua y contradictoria” (pág. 79).

Según la Constitución, nadie puede ser condenado sin antes haber sido citado, y oído en juicio. Es aquí donde se produce el juzgamiento, para garantizar que los acusados sean oídos directamente por los jueces, la comunicación es oral. La oralidad, a su vez permite la publicidad de la justicia. Este es el instrumento idóneo republicano para que la sociedad controle a la jurisdicción y ésta difunda los valores que fundan la convivencia social.

Tiene como finalidad determinar si una persona es responsable o no de la comisión de un delito; está a cargo de un Tribunal de Sentencia, ya sea como ente colegiado o a través de un juez unipersonal, tal y como lo establecen el artículo 48 del Código Procesal Penal, artículo 3 del decreto 21-2009 del Congreso de la República, ley de competencia penal en proceso para mayor riesgo.

La eta del juicio, se desarrolla en tres fases, siendo estas, la fase de la preparación del debate, el debate y la sentencia, de conformidad con los artículos del 348 al 397 del Código Procesal Penal.

1.7.4. Fase de impugnación

Las impugnaciones son parte de la actividad procesal de carácter eventual, puesto que dependerá de la voluntad de las partes atacar los actos del órgano cuando consideren insatisfechas sus peticiones o no ha habido un desarrollo legal del proceso, dando lugar a anormalidades que determinan un resultado viciado, injusto y en detrimento de la función judicial.

Los defectos, incorrectos o injusticias del proceso, pueden ser rectificadas mediante la facultad de impugnación que, siendo potestativa por autónoma, es también legal, ya que las normas procesales la aseguran en una especie de resistencia o defensa.

Valenzuela (2003), expone que:

“Lo anterior no quiere decir que toda la actividad del juez sea susceptible de ataque o resistencia, pero sí varias de sus resoluciones, lo que ha servido a la doctrina procesal para sentar un criterio estricto sobre las impugnaciones, a través de los recursos que en forma restringida contienen las leyes y que también se les denomina remedios, sobre todo en el Derecho Alemán, término de origen jurídico español todavía no aceptado en el universo del derecho procesal, aunque sí concebido como el acto que provoca enmienda o revocatoria emanada del mismo juez del conocimiento, sin producir alzada. Sin embargo, recurso es la acepción jurídica que implica toda impugnación que se encamina en el proceso para que el propio juez o tribunal superior anule, revoque o modifique una resolución por estimar alguna de las partes que se le ha causado daño o agravio, ya sea en lo sustancial de la pretensión o en el desenvolvimiento del proceso. Concluye que el recurso es un medio por el cual la parte que se considere agraviada por una resolución

judicial que estima injusta o ilegal, la ataca para provocar su eliminación o un nuevo examen de la cuestión resuelta y obtener otro pronunciamiento que le sea favorable. El proceso guatemalteco reconoce los recursos de reposición, apelación, de queja apelación especial, casación y revisión (pág. 269).

En esta etapa se ejerce un control sobre las resoluciones judiciales, siendo medios de impugnación que la ley le confiere a las partes para oponerse a las resoluciones judiciales, cuando afectan sus intereses, mismos que se encuentran contenidos en el libro III, del artículo 398 al 463 del Código Procesal Penal, siendo los siguientes: a) Reposición; b) Apelación; c) Recurso de Queja; d) Apelación especial; e) Casación; f) Revisión.

1.7.5. Fase de ejecución

Dentro de la ejecución cabe distinguir la que corresponde a cada uno de los actos que conforman el proceso, de manera que hay una ejecución que corresponde a la declaración definitiva de responsabilidad y el señalamiento de la sanción; por otra parte, la ejecución propia del desarrollo del proceso, como medio contralor de la actividad jurisdiccional en función del cumplimiento de las resoluciones dictadas en el trámite.

Lo que caracteriza fundamentalmente la ejecución es la eficacia de la sentencia; pero también participan de la calidad de ejecutivas las decisiones que el juez adopta en el desenvolvimiento de la actividad procesal y que marcan su normal itinerario. Son ordenes que impulsan el proceso, desde las medidas cautelares o de garantía, hasta un simple despacho el envío de oficios, pasando por las audiencias, la recepción de las pruebas, su obtención y diligenciamiento, situaciones que, empero, han sido consideradas fuera de lo que la doctrina llama procedimiento de ejecución, puesto que este ha quedado reducido a hacer positivo lo que se decidió, en definitiva, o sea que sólo la sentencia sería susceptible de ejecutarse.

Ha habido diversa opinión acerca de si la ejecución o procedimiento de ejecución, prolonga la función jurisdiccional o si corresponde a la administración central, con lo cual aquella se desliga objetiva y subjetivamente de lo que ha juzgado. Para algunos tratadistas debe continuar la participación judicial. Para otros la ejecución corresponde exclusivamente a la administración pública. No existe total coincidencia, sin embargo, “para determinar la extensión del carácter administrativo de la actividad a cumplir y la medida y límites del contenido jurisdiccional”. (Valenzuela, 2003, pág. 305)

La constitución Política de la República artículo 203, confirma el principio netamente jurisdiccional, dejando a los demás organismos estatales únicamente el carácter de auxiliarse en el cumplimiento de las decisiones judiciales, poder específico de ejecución que también contempla la Ley del Organismo Judicial en el Artículo 156 que, en tratándose de lo penal, remite a la ley respectiva, o sea el Código Procesal Penal que, siguiendo las teorías sobre la efectividad de la ejecución de las sentencias, apunta a la continuidad de la decisión en su cumplimiento, manteniendo así el debido control de específico mandato judicial, además de que su regulación comprende la ejecución de resoluciones en general, ya en forma provisional, definitiva.

Esta etapa tiene por objeto darle cumplimiento a la pena o medida de seguridad impuesta al condenado; y está a cargo de la dirección del sistema Penitenciario que depende del Ministerio de Gobernación y el Juez contralor es el juez de ejecución. Dicha etapa la encontramos en el libro V del Código Procesal Penal y en la Ley del régimen penitenciario.

CAPÍTULO II

LA PRUEBA

2.1. Evolución

La prueba penal no ha evolucionado siempre acompañando los adelantos de la civilización, sino que más bien, superados ciertos estadios de primitivismo, ha seguido los vaivenes de los sistemas políticos vigentes en los distintos momentos de la historia.

Sin embargo, Cafferata (1998), acota:

“A muy grandes rasgos, es posible establecer dos momentos netamente definidos. En el primero se ponía a cargo de la divinidad el señalamiento del culpable, y los tribunales se limitaban a practicar los actos necesarios para que aquella se manifestara. En el segundo se impuso a los jueces el deber de formarse por sí mismos el convencimiento sobre la culpabilidad del acusado, mediante la utilización de su capacidad intelectual: aquí apareció la prueba.

En este último contexto, la prueba penal, en nuestros días, puede caracterizarse por la utilización de las novedades técnicas y científicas (especialmente captadas por la prueba pericial) para el descubrimiento y la valoración de los datos probatorios, y la consolidación de las reglas de la sana crítica racional en la apreciación de sus resultados. Todo ello, dentro de un marco de respeto por la persona del imputado y de reconocimiento de los derechos de todas las partes privadas.

Por cierto que todo el tema de la prueba se halla íntimamente vinculado con el modelo de proceso penal que se acepte. Si está

influido por el paradigma inquisitivo, la prueba tiene una importancia relativa, pues como el modelo político autoritario que lo sustenta presupone la culpabilidad del imputado por la apariencia de culpabilidad que funda la imputación o que ésta ocasiona, el proceso se legitima como un castigo en sí mismo (especialmente por medio de la estigmatización que genera o de la prisión preventiva), mientras procura, sin verdadero interés, reconfirmar una culpabilidad que por ser presupuesta va siendo pre-castigada. Si el modelo, en cambio, es como el que estatuye nuestro sistema constitucional, dado que éste parte de un estado de inocencia, la prueba cobra relevancia sustancial, porque es la única forma legalmente autorizada para destruirlo: no se admite otro modo de acreditar la culpabilidad” (pág. 4).

Siendo esta la herramienta que utilizan las partes para convencer al juez de sus respectivas proposiciones de hecho, en este caso el Ministerio Público a través de ellas pretende demostrar su hipótesis acusatoria y por su parte la defensa desvanecer la misma, siendo la herramienta de vital importancia en el proceso sirviendo de apoyo al Juez que imparte justicia para poder emitir un fallo apegado a derecho y por consiguiente justo, siendo importante conocer de dicho tema para poder entender cuáles son los alcances de la declaración testimonial en calidad de anticipo de prueba y el por qué se considera que ha existido por parte del Ministerio Público un abuso en su utilización.

2.2. Concepto de la Prueba

El proceso y, en particular, la decisión final, pretenden resolver la incertidumbre que se da respecto a la verdad o falsedad de los enunciados que tiene que ver con los hechos relevantes de la causa. La prueba es el instrumento que utilizan las partes desde hace siglos para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, y del cual se sirve el juez para decidir respecto a la verdad o falsedad de los enunciados fácticos.

En términos muy generales, afirma Cafferata (1998, pág. 4), menciona que se entiende como prueba “cualquier instrumento, método, persona, cosa o circunstancia que pueda proporcionar información útil para resolver dicha incertidumbre”.

Según esta definición, son prueba tanto los instrumentos para adquirir información que están expresamente regulados por la ley (las denominadas pruebas típicas) como aquellos que la ley no regula expresamente (las denominadas pruebas atípicas) pero que, sin embargo, pueden servir para fundar la decisión sobre los hechos.

Se consigue agregar que, en términos generales, se pueden considerar como racionalmente admisibles todas las pruebas, típicas o atípicas, que sean relevantes en la medida que aporten informaciones útiles para formular esa decisión; se excluyen del proceso sólo aquellas pruebas que, aun siendo relevantes, sean calificadas como inadmisibles por alguna norma jurídica específica (como por ejemplo, las pruebas ilícitas o aquéllas para cuya adquisición habría que violar el secreto personal o profesional).

En este contexto, se acostumbra a decir que la función de la prueba es la de ofrecer al juez elementos para establecer si un determinado enunciado, relativo a un hecho, es verdadero o falso. A su vez, se dice que un enunciado fáctico es verdadero si está confirmado por pruebas y es falso si las pruebas disponibles confirman su falsedad; y no está probado si en el proceso no se adquirieron pruebas suficientes para demostrar su verdad o falsedad. En función de cuál de estas posibilidades se dé, el juez decidirá de uno u otro modo y extraerá consecuencias jurídicas.

En todo caso, se puede decir que la prueba es un instrumento que da información respecto al contenido del enunciado, y da a conocer la circunstancia sobre la que versa el enunciado, con la consecuencia que el enunciado mismo puede considerarse verdadero o falso sobre la base de la prueba o las pruebas que a él

refieren. A su vez, se puede decir que el hecho ha sido conocido, sobre la base de las pruebas que demuestran la verdad del enunciado correspondiente.

El termino prueba está presente en prácticamente todas las actividades humanas. No obstante, su importancia mayor se manifiesta, como lo afirma Cafferata (1998, pág. 4), “cuando se elaboran conceptos científicos y esfuerzos reconstructivos de la vida social, en donde adquiere un sentido preciso y especial, que en sustancia es el mismo que tiene en derecho”.

Florián (2001), señala “Con las ideas desarrolladas hasta este punto, se puede construir el concepto de prueba judicial, o específicamente penal. Por lo tanto se entiende por prueba todo lo que en el proceso penal puede conducir a la determinación de los elementos necesarios al juicio con el cual termina” (pág. 305).

Para Cafferata (1998, pág. 16), “La prueba es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva”.

Puede afirmarse por tanto, que prueba penal es todo elemento de conocimiento cierto o probable sobre el objeto de la averiguación, obtenido de conformidad con la legalidad del procedimiento.

2.3. Elementos de la prueba

En general, estos datos consisten en los rastros o huellas que el hecho delictivo pueda haber dejado en las cosas o en el cuerpo o en la psiquis de las personas, y el resultado de experimentos u operaciones técnicas sobre ellos.

Según Cafferata (1998), del concepto así expuesto se desprenden los siguientes caracteres:

- a) “Objetividad: El dato debe provenir del mundo externo al proceso, y no ser mero fruto del conocimiento privado del juez, carente de acreditación objetiva. Y su trayectoria (desde fuera hacia dentro del proceso) debe cumplirse de modo tal que pueda ser controlada por las partes.

- b) Legalidad: La legalidad del elemento de prueba será presupuesto indispensable para su utilización en abono de un convencimiento judicial válido. Su posible ilegalidad podrá obedecer a dos motivos: su irregular obtención o su irregular incorporación al proceso.

- c) Relevancia: El elemento de prueba será tal no sólo cuando produzca certeza sobre la existencia o inexistencia del hecho que con él se pretende acreditar, sino también cuando permita fundar sobre éste un juicio de probabilidad. Esta idoneidad conviccional es conocida como relevancia o utilidad de la prueba.

- d) Pertinencia: El dato probatorio deberá relacionarse con los extremos objetivo (existencia del hecho) y subjetivo (participación del imputado) de la imputación delictiva, o con cualquier hecho o circunstancia jurídicamente relevante del proceso (agravantes, atenuantes o eximentes de responsabilidad; personalidad del imputado; existencia o extensión del daño causado por el delito). La relación entre el hecho o circunstancia que se quiere acreditar y el elemento de prueba que se pretende utilizar para ello es conocida como pertinencia de la prueba” (pág. 23).

2.4. Objeto de la prueba

Indica el autor Florián (2001), que el objeto de la prueba es:

“Aquellos que pueden ser probados, aquellos sobre los cuales debe o puede recaer la prueba. El tema admite ser considerado en abstracto o en concreto. Desde el primer punto de vista, se examinará qué es lo que puede ser probado en cualquier proceso penal; desde la segunda óptica, se considerará qué es lo que se debe probar en un proceso determinado” (pág. 51).

Algunos autores hacen la distinción de niveles del concepto. Así, el nivel abstracto se refiere a todo lo que puede ser probado y en concreto, esto, es en relación con un caso determinado, a todo lo que debe ser probado.

2.4.1. Objeto de prueba en abstracto

En relación con el primer nivel, el abstracto, la regla es que todo puede ser probado, expresión de la libertad probatoria en cuanto a su objeto. El hecho notorio no requiere prueba, ya que el tribunal, con el acuerdo de todas las partes puede prescindir de la prueba ofrecida para demostrarlo. Artículo 184 Código Procesal Penal del Congreso de la República de Guatemala.

El Artículo 182 del Código Procesal Penal, que prescribe la libertad de prueba, reduce la materia de prueba a los hechos y sus circunstancias, Arango (2004, pág. 4), afirma que, “el objeto reside mayormente en los hechos, pero no solo en ellos. Pueden probarse también las normas de la experiencia y el derecho”. En cada caso se sabrá si ello es necesario.

Los hechos; estos comprenden prácticamente todo lo que se ubica en el mundo exterior: hechos naturales, físicos, humanos y síquicos, es decir, todo lo que se impone a la observación desde afuera. Ello sin olvidar que el centro en torno de los cuales gravitan todos, son los hechos humanos. Así, una tempestad, obscuridad, construcciones, calles, heridas, etc. importan, solo si contribuyen a esclarecer el hecho humano.

Las normas de la experiencia; éstas reflejan a los usos y costumbres en el ámbito mercantil y financiero, y también como lo señala Cafferata (1998, pág. 24), el modo de ser de las cosas. Por ejemplo, la desigual duración de los días y las noches, de conformidad con el equinoccio de que se trate, fenómeno natural, ha llevado a producir prueba para desvirtuar el dicho de un testigo, que contradice el conocimiento cotidiano, o empírico, sobre las horas de claridad de un día de diciembre.

En cuanto al Derecho, si bien el juez está obligado a conocer el vigente (*iura novit curia*), puede ser probado el derecho extranjero, objeto tan común en una época de solicitudes de extradición, igualmente el derecho derogado cuando se trata de establecer la norma aplicable, principalmente para la determinación de la pena.

2.4.2. Objeto de prueba en concreto

En este nivel el objeto de prueba está determinado por el hecho punible atribuido a una o más personas. Dicho en términos del artículo 183 del Código Procesal Penal, es el objeto de la averiguación penal: los hechos imputados a uno o más sindicados. En estos hechos se comprenden todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo, es decir, cuándo, dónde y cómo sucedió el hecho.

Para el defensor es importante fijar su atención en los elementos que integran el tipo. Es muy común fijarse solamente en los elementos objetivos, y descuidar otros, por ejemplo, los elementos normativos que también demandan ser probados. Por ejemplo, en el encubrimiento propio, un elemento normativo del tipo contenido en el artículo 474 del Código Penal, es que el sindicado conozca del hecho delictivo, aunque no exista connivencia, concierto o acuerdo previo con los autores o cómplices. Ese conocimiento constituye parte del objeto de la averiguación penal y debe probarse en juicio, algo que casi nunca se hace.

El objeto de la averiguación pues, comprende todas las circunstancias que modifican o eximen la responsabilidad penal, la identificación de los autores, en sus diversas expresiones (artículos. 36, 37, Código Penal) y en su caso, de los cómplices, con indicación precisa de la conducta o acción imputada a cada uno. Asimismo, las condiciones de los acusados, relevantes para determinar la pena, de conformidad con el artículo 65 del Código Penal, artículo 309 del Código Procesal Penal.

No hay que olvidar que el objeto de la averiguación puede igualmente demandar prueba de los usos y costumbres, las formas de ser de las cosas y del Derecho.

Si se confronta la relación de cosas que se constituyen en materia probatoria en cada caso concreto, con los escritos de acusación, se puede apreciar las omisiones y deficiencias que éstos contienen, que a menudo afectan el derecho de defensa, especialmente cuando se da la pluralidad de partícipes y de hechos, y el fiscal no individualiza las acciones imputadas a cada uno de los sindicados.

2.5. Medios de prueba en general

Medio de prueba es el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso de elementos de prueba en el proceso.

Si bien existe en el proceso penal una gran amplitud en esa materia que permite afirmar que todo puede ser probado por cualquier medio, es común que las legislaciones establezcan una regulación que tiene por finalidad que el dato probatorio existente fuera del proceso, pueda penetrar a éste, para ser conocido por las partes, respetando sus derechos de defensa.

Desde esta perspectiva, la libertad probatoria respecto del medio probatorio, implica, según el profesor Cafferata (1998), que:

- a) Para probar un objeto específico no debe exigirse la utilización de un medio determinado.

- b) No solo es posible hacer prueba con los medios expresamente regulados en la ley, sino con cualquier otro no reglamentado, siempre que sea adecuado para descubrir la verdad real, según lo admite la doctrina mayoritaria (pág. 21).

Señala Florián (2001, pág. 3), que el medio de prueba representa el momento en que el aporte de la prueba se manifiesta en su mayor eficiencia, y, a través de él se efectúa el contacto entre el objeto de prueba y el juez, ya que por su intermedio el objeto de prueba se pone al alcance del juez y de los demás sujetos procesales.

Para agrupar los diversos medios de prueba, según Florián (2001, pág. 3), “conviene tener en cuenta el modo con arreglo al cual el juez aprehende el objeto de prueba, sea, en virtud de percepciones propias suyas o en virtud de informes suministrados por otro”.

Partiendo de esta distinción se establecen medios de prueba que le sirven al juez para adquirir conocimiento del objeto de prueba en virtud de información ajena y los que le sirven para adquirir ese conocimiento, mediante su propia percepción directa. Entre los primeros se encuentran:

2.5.1. La declaración del acusado

Caso en el que, éste es el órgano de prueba y sus manifestaciones el medio, tema que ha sido objeto de polémica en tanto algunos consideran que el acusado no puede ser medio de prueba contra sí mismo, pues no se concibe como prueba confesional, lo cual es técnicamente correcto. Para el autor Houed (2007, pág. 26), “modernamente se admite que de lo que se trata es de darle o no valor a lo que él

dice. Es un elemento más a tomar en cuenta al momento de analizar y ponderar el elenco probatorio existente”.

2.5.2. La víctima como órgano de prueba y su declaración como medio de prueba

El sistema procesal moderno aun cuando le permite a la víctima ejercer en él la acción civil resarcitoria y participar en el ejercicio de la acción penal (v.gr. como acusador privado o querellante, según la denominación que se le asigne), sigue considerándola como un testigo en tanto es la persona que suministra informes sobre los hechos que le causaron daño.

2.5.3. La persona que revista la calidad de testigo

La testimonial sigue siendo la prueba más utilizada y provechosa, pues se estima el modo más adecuado para recordar y reconstruir los acontecimientos humanos. Su importancia no cambia en los dos sistemas (inquisitivo y acusatorio), pues se le considera en ambos fuente histórica. Houed (2007, pág. 27), señala que “de su importancia surge el deber absoluto e indeclinable del testigo de rendir testimonio, cuyo carácter de derecho público se reafirma con la incriminación del falso testimonio como delito”.

2.5.4. El perito o el intérprete

La peritación tiene como objeto introducir en el proceso un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. De interés resulta en este caso la polémica que se formula en torno a si debe o no ser de acatamiento obligatorio el dictamen pericial, así como la supresión de controversia en torno a la peritación, pues esto nos puede conducir a establecer claramente su diferencia con la prueba testimonial.

El intérprete transmite el consentimiento de un objeto de prueba o las manifestaciones de un órgano de prueba. El fundamento del deber del intérprete es el mismo sobre el cual se basa el deber del perito. Su labor no solo incluye la transmisión de las preguntas y respuestas sino también el cumplimiento de las formalidades preliminares del acto de prueba (juramento, etc.).

Indica Houed (2007), que entre los medios de prueba que le sirven al juez para adquirir conocimiento del objeto de prueba mediante su propia percepción directa se encuentran:

- a) “observación de personas o cosas simplemente para comprobar su identidad (reconocimientos),
- b) observación de personas y cosas de su estado o sus características particulares (inspección ocular, inspección judicial),
- c) preparación de condiciones para verificar la verdad de los hechos o ciertas proposiciones sobre los mismos (careos, reconstrucción)” (pág. 29).

Para esta percepción directa el juez puede valerse de todos los sentidos o de cualquiera de ellos. La libertad de la prueba en este caso debe manifestarse y desarrollarse permitiendo su apreciación en formas y objetos no taxativamente previstos en la ley.

2.6. A quién corresponde probar

En el proceso civil suele decirse, como tesis de principio, que la carga de la prueba incumbe al actor o a quien demanda (*onus probando incumbi actori*), pues se está en presencia de intereses privados, normalmente de carácter patrimonial o pecuniario, que deben ser acreditados por el que afirma y quiere sustentar su derecho (producto de una discutida y mal llamada verdad formal), aunque esta

visión se esté transformando poco a poco con la intervención de jueces más activos en el seguimiento y control de los trámites, en la medida en que el proceso civil ha ido incorporando también características propias que atañen al fin público.

A diferencia del anterior, el proceso penal siempre busca el descubrimiento de la denominada verdad real o material, y el único instrumento científico y jurídico para hacerlo es la prueba, de donde se deriva la necesidad de la actividad probatoria, concebida para Cafferata (1998, pág. 31), como “el esfuerzo de todos los sujetos procesales tendiente a la producción, recepción y valoración de elementos de prueba”.

Como es lógico pensar, en virtud del ineludible interés público que supone la materia penal, buena parte de esa actividad se encuentra a cargo de los órganos públicos (Tribunales y Ministerio Público), que de modo imparcial deben procurar la reconstrucción del hecho histórico investigado con la mayor fidelidad posible.

En cambio, los otros sujetos del proceso (el imputado y las partes civiles) naturalmente tratarán de introducir solo aquellos elementos probatorios que resultan de utilidad para sus intereses particulares. Pero sí se concibe a la carga de la prueba en sentido tradicional como el imperativo impuesto a quien afirma un hecho, en el cual se basa su pretensión, de acreditar su existencia, so pena de que, si no lo hace, cargará con las consecuencias de su inactividad, la que puede llegar a ocasionar que aquella sea rechazada, por no haber probado el hecho que le daría su fundamento, se le plantea en primer término al derecho procesal penal la cuestión de a quién le corresponde la prueba de la acusación y a quién la prueba de la defensa, o sea, entre cuáles sujetos procesales se distribuye dicha carga.

Para algunos autores esta cuestión tiene distintas respuestas, según se trate de un sistema acusatorio o de uno inquisitivo. En el primero la carga de la prueba de la acusación correspondería al acusador y la de la defensa al acusado. En el segundo no existe esta distribución, debido a que los poderes de investigación están

acumulados en el ente investigador, sea este el juez, sea el Ministerio Público o bien, ambos, dependiendo del sistema que se haya adoptado.

Expresa el doctor Maier (1975):

“En un sistema mixto moderno, por ejemplo, como el que actualmente rige en algunos países y también tuvo Costa Rica, que resulta de la instauración de un procedimiento inquisitivo en esencia, que se realiza a similitud de la forma acusatoria, o si se quiere, con límites para el Estado en el ejercicio del poder en homenaje a la persona humana, se le reconoce al imputado el estado jurídico de inocencia” (pág. 17).

En este caso, el imputado no tiene ninguna obligación de probar su inculpabilidad, derivándose por lógica, que es al Estado por medio de los órganos competentes al que le cabe, no sólo demostrar la responsabilidad penal sino también investigar las circunstancias eximentes o atenuantes de responsabilidad que el imputado alegue a su favor. Situación similar ocurre en un sistema acusatorio o de mayor orientación hacia las características de este sistema, como ocurre con los sistemas anglosajones o con los nuevos Códigos procesales que se han inspirado en las corrientes modernas seguidora de aquéllos.

Referente a la carga de la prueba de la acusación entonces, siendo el interés del Ministerio Público buscar la justicia y no la condena (acusar a ultranza) y si ante su inactividad el juez de juicio debe suplir –de manera excepcional– esta función, cabe afirmar que en este proceso penal no existe distribución alguna en la carga de prueba.

La primera conclusión a la que se puede arribar entonces, es que el Ministerio Público tiene el deber de investigar; esto es, el que puede y debe examinar, al igual que corregir, el objeto de prueba y también introducir por sí mismos en el proceso los hechos y circunstancias necesarios para encaminar sobre ellos los respectivos

elementos de convicción, iniciativa ex officio que puede referirse tanto a la prueba de la acusación que formula como a la de la defensa, aun cuando el imputado confiese su culpabilidad en el delito. No obstante, lo anterior, y como ya se dijo, excepcionalmente en la etapa de juicio se le permite a la autoridad juzgadora suplir la inactividad de las partes en este punto, pero sin que esto signifique, conforme al nuevo modelo procesal, que sea una obligación para dicha autoridad en todos los casos.

Para terminar este aspecto parece de suma importancia destacar un posible interés de la prueba al que Florián (2001), llama:

“Carga natural o material que no impuesta por la ley surge de la naturaleza de las cosas, de la experiencia y de los mandatos de la psicología judicial. La impulsa y le da contenido el interés de cada una de las partes, interés práctico que un sujeto tiene en presentar la prueba que le sirve de apoyo” (pág. 143).

Como corolario se podría puntualizar que en el proceso penal no rige a plenitud el principio de la carga de la prueba, porque si las Constituciones Políticas reconocen el estado jurídico o principio de inocencia de la persona acusada o imputada, del que se deriva la no exigencia u obligación de probar su inculpabilidad, es entonces el Estado quien debe acreditar la responsabilidad penal, con el deber de indagar las circunstancias eximentes o atenuantes invocadas por aquella en su favor.

Igualmente debe negarse, desde un punto de vista formal, que al Ministerio Público le corresponda la carga de la prueba de la acusación, pues su interés, como ya señalamos, no es necesariamente de condena sino de justicia, inclusive otorgándole la ley la posibilidad de recurrir en favor del imputado, aportar pruebas en su beneficio y solicitar su absolutoria. Por otra parte según Houed (2007, pág. 20) “no debe olvidarse que cualquier inactividad de la defensa o del Ministerio

Público debería ser suplida excepcionalmente por el tribunal y solo si se observa que se están afectando las garantías constitucionales del imputado”.

Cabe advertir que quien tiene el deber de investigar la verdad y hacer lo que esté a su alcance por conseguirla, en última instancia es el Estado, realizando la actividad probatoria que le permite la ley, con atribuciones tanto en la fase de investigación o etapa preparatoria (donde evidentemente son más amplias) como durante el juicio. Cualquier interpretación contraria a la anterior, puede conducir a una violación de garantías constitucionales que tergiversa los fines del proceso penal.

2.7. Sistemas de valoración de la prueba

Como indica el autor Eugenio Florián (2001, pág. 302), tres son los principales sistemas de valoración de la prueba que se conoce: “el de la prueba legal, el de la íntima convicción y el de la libre convicción o sana crítica racional”

2.7.1. Prueba legal

En el sistema de la prueba legal, es la ley procesal la que pre-fija, de modo general, la eficacia conviccional de cada prueba, estableciendo bajo qué condiciones el juez debe darse por convencido de la existencia de un hecho o circunstancia (aunque íntimamente no lo esté) y, a la inversa, señalando los casos en que no puede darse por convencido (aunque íntimamente lo esté).

Se suele señalar, como ejemplo del primer aspecto, la norma que establece que el testimonio conteste de dos personas de buena fama será plena prueba del hecho sobre el cual recaiga. Como ejemplo del segundo, se recuerda la que impedía tener por acreditado el hecho delictivo si no constaba la existencia del cuerpo del delito.

Este sistema, propio del proceso de tipo inquisitivo, rigió principalmente en épocas de escasa libertad política (constituyendo un fenómeno correspondiente la falta de

libertad judicial), como un curioso intento de garantía para el imputado, en el momento de la sentencia definitiva, frente a los extraordinarios poderes otorgados a los jueces por la ley en todo el procedimiento previo.

Indudablemente, este sistema, ante el propósito de descubrir la verdad real, no se evidencia como el más apropiado para ello, pues bien puede suceder que la realidad de lo acontecido pueda ser probada de modo diferente del previsto por la ley, “hoy en día, se halla abandonado, aunque sus reglas no deben ser descuidadas a la hora de la libre valoración del juez, porque sintetizan, en muchos casos, criterios indiscutibles de sentido común” (Leone, 1963, pág. 156).

2.7.2. Íntima convicción

En el sistema de la íntima convicción, la ley no establece regla alguna para la apreciación de las pruebas. Según Leone (1963, pág. 156), “el juez es libre de convencerse, su íntimo parecer, de la existencia o inexistencia de los hechos de la causa, valorando aquéllas según su leal saber y entender”. A esta característica debe agregársele otra, cual es la inexistencia de la obligación de fundamentar las decisiones judiciales; pero ello no significa en modo alguno la autorización para sustituir la prueba por el arbitrio, ni para producir veredictos irracionales, sino un acto de confianza en el buen sentido (racionalidad) connatural a todos los hombres.

Si bien este sistema, propio de los jurados populares, tiene una ventaja sobre el de la prueba legal, pues no ata la convicción del juez a formalidades preestablecidas (muchas veces, ajenas a la verdad real), presenta como defecto evidente el de no exigir la motivación del fallo, generando el peligro de arbitrariedad y, por ende, de injusticia.

2.7.3. Libre convicción o sana crítica racional

El sistema de la libre convicción o sana crítica racional, al igual que el anterior, establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces, pero exige, a diferencia de lo que ocurre en aquél, que las conclusiones a que se llegue sean el fruto razonado de las pruebas en que se las apoye.

Claro que si bien el juez, en este sistema, no tiene reglas jurídicas que limiten sus posibilidades de convencerse, y goza de las más amplias facultades al respecto, su libertad tiene un límite infranqueable: el respeto de las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano.

La sana crítica racional se caracteriza, entonces, por la posibilidad de que el magistrado logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa valorando la eficacia conviccional de la prueba con total libertad, pero respetando, al hacerlo, los principios de la recta razón, es decir, las normas de la lógica (constituidas por las leyes fundamentales de la coherencia y la derivación, y por los principios lógicos de identidad, de no contradicción, de tercero excluido y de razón suficiente), los principios incontrastables de las ciencias (no sólo de la psicología, utilizable para la valoración de dichos o actitudes) y la experiencia común (constituida por conocimientos vulgares indiscutibles por su raíz científica; inercia, gravedad).

Leone (1963, pág. 157), acota “que parece insuficiente, a estos efectos, el solo uso de la intuición, pues aunque se admita que ésta es una forma reconocida de adquirir conocimiento, la corrección de la conclusión intuitiva debe ser demostrada racionalmente, a base de pruebas”.

La otra característica de este sistema es la necesidad de motivar las resoluciones, o sea, la obligación impuesta a los jueces de proporcionar las razones de su convencimiento, demostrando el nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a que llegó y los elementos de prueba utilizados para alcanzarlas. Esto requiere la

conurrencia de dos operaciones intelectuales: la descripción del elemento probatorio y su valoración crítica, tendiente a evidenciar su idoneidad para fundar la conclusión que en él se apoya.

Ello acarreará el efecto de que las decisiones judiciales no resulten puros actos de voluntad o fruto de meras impresiones de los jueces, sino que sean consecuencia de la consideración racional de las pruebas, exteriorizada como una explicación racional sobre por qué se concluyó y decidió de esa manera, explicación que deberá ser comprensible por cualquier otra persona, también mediante el uso de su razón. Se combinan, así, las exigencias políticas y jurídicas, relativas a la motivación de las resoluciones judiciales, con las mejores posibilidades de descubrir la verdad sin cortapisas meramente formales, mediante el caudal probatorio recogido en el proceso.

2.8. La prueba en el proceso penal guatemalteco

Prueba es todo lo que pueda servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en el proceso penal son investigados y respecto de los cuales pretende actuar la ley sustantiva. La prueba es el único medio para descubrir la verdad y, a la vez, la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales.

Según la terminología del Código, prueba sólo será lo actuado en el juicio oral, mientras que todo el material reunido durante la investigación es denominado elementos de convicción. Sin embargo, la normativa de valoración y legalidad de la prueba rige también para los elementos de convicción: Por ejemplo, un juez no podrá basarse en un elemento de convicción ilegalmente obtenido para fundamentar una orden de captura. Por ello, en este manual el término prueba es usado de forma amplia.

Los artículos 181 y 183 del Código Procesal Penal señalan las características que debe tener la prueba para ser admisible:

1. Objetiva: La prueba no debe ser fruto del conocimiento privado del juez ni del fiscal, sino que debe provenir al proceso desde el mundo externo, siendo de esta manera controlada por las partes. Por ejemplo, si el juez conoce de un hecho relevante relacionado con el proceso a través de un amigo, no podrá valorarlo si no es debidamente introducido al proceso. El código en su artículo 181 limita la incorporación de la prueba de oficio a las oportunidades y bajo las condiciones previstas por la ley.
2. Legal: La prueba debe ser obtenida a través de medios permitidos e incorporada de conformidad a lo dispuesto en la ley. (Más adelante se desarrollará este punto).
3. Útil: La prueba útil será aquella que sea idónea para brindar conocimiento acerca de lo que se pretende probar.
4. Pertinente: El dato probatorio deberá guardar relación, directa o indirecta, con el objeto de la averiguación. La prueba podrá versar sobre la existencia del hecho, la participación del imputado, la existencia de agravantes o atenuantes, el daño causado, etc...
5. No abundante: Una prueba será abundante cuando su objeto haya quedado suficientemente comprobado a través de otros medios de prueba.

Para evitar confusiones cuando se habla de prueba, se tiene que distinguir:

- a) "El órgano de prueba: Órgano de prueba es aquella persona que actúa como elemento intermediario entre el objeto de prueba y el

juez. Por ejemplo, en una declaración testimonial, el órgano de prueba es el testigo.

- b) Medio de prueba: Es el procedimiento a través del cual obtenemos la prueba y la ingresamos en el proceso. Por ejemplo, la declaración testimonial o un registro.
- c) Objeto de la prueba: Es aquello que puede ser probado, aquello sobre lo cual debe o puede recaer la prueba. Dentro los objetos de prueba se incluyen tanto los hechos o circunstancias como las evidencias materiales. Por ejemplo, un hecho (objeto) puede ser probado a través de un testimonio (medio) o una pericia balística (medio) puede realizarse sobre una pistola (objeto)” (Mailxmail, 2018).

CAPÍTULO III

LA INVESTIGACIÓN PENAL

3.1. La investigación penal

3.1.1. Generalidades de la investigación

Específica e inmediatamente, el proceso penal persigue la averiguación de la verdad como medio de fijar los hechos que materializan el objeto procesal. Se trata de la verdad sobre lo acontecido, o sea de conocer el hecho imputado en lo objetivo y subjetivo, con sus antecedentes y consecuencias; integración de la plataforma fáctica de los pronunciamientos de mérito. Sobre esta verdad no pueden disponer las partes como consecuencia de la regla de indisponibilidad.

En esto se apoya el principio de la investigación integral o de instrucción plena, traducido en las atribuciones del juez para obtener autónomamente en el proceso los elementos de convicción que considere pertinentes y relevantes para llegar a la verdad de los hechos, sin más limitaciones que las contempladas en la ley y las que se derivan del principio de congruencia. Se complementará con un sistema valorativo sin tasación legal previa y con amplia libertad de la prueba mientras se respete el contradictorio y la coercibilidad del imputado.

La naturaleza de la causa penal impone que la investigación se extienda a la persona del imputado en su manifestación específica frente al hecho y en la genérica de su personalidad y antecedentes. También aquí la plenitud instructora es de regla.

Sabemos ya que la cuestión penal absorbe en su solución a la civil cuando ésta es introducida en el proceso penal. Esto hace que, no obstante, el carácter privado de la cuestión civil, desde el punto de vista, deba extenderse a ella el poder autónomo de investigación del tribunal mientras se mantenga en el proceso.

Las partes pueden, ciertamente, suministrar los materiales de prueba, pero el tribunal debe hacerlo también sin restricciones o con las limitaciones que imponga el contradictorio del juicio. En la instrucción las prohibiciones probatorias son excepcionales: prohibición de declarar, de recibir juramento, etcétera.

Durante la instrucción, pues, los poderes de investigación autónoma del tribunal son amplísimos. Las partes no pueden interferir esa actividad ni vincular al tribunal con ofrecimientos de pruebas, sin perjuicio de que pueda presentarlas. Las leyes autorizan a las partes a proponer medidas sobre cuya práctica el tribunal resolverá: las practicará si las considera pertinentes y útiles.

Durante el juicio también tiene el tribunal atribuciones autónomas de investigación, pero no en forma genérica. Son, sin embargo, tan amplias, que anulan toda disposición de las partes al respecto. Puede cubrir lo que las partes no ofrezcan de lo reunido en el sumario y las omisiones en que hubiere incurrido el instructor, introducir cualquier elemento de prueba que aparezca manifiestamente útil, y hasta reabrir el debate para ampliar las pruebas: medidas para mejor proveer.

Es cierto que el período instructorio se muestra aquí más inquisitivo que el del juicio, pero esto aparece claro en lo formal. Sustancialmente se advierte una marcada aproximación. Diríase que el principio de la investigación integral es el que sustenta más enérgicamente el rasgo inquisitivo del proceso no obstante la forma acusatoria predominante en el juicio.

3.1.2. Concepto de investigación

Lo que hoy denominamos investigación, se inició de una manera embrionaria en el momento en que el hombre se enfrentó con problemas y, frente a ellos, comenzó a interrogarse sobre el porqué, cómo y para qué; es decir, cuando empezó a indagar sobre las cosas. Egg (2011) señala que:

“Hace 25 siglos, Aristóteles decía que la admiración y la curiosidad están en el comienzo del filosofar. Lo mismo se puede decir de la investigación, en cuanto a tarea de indagar, inquirir y preguntar sobre algún aspecto de la realidad. Y también es investigar, la actitud mental o presentación que tenemos frente a los hechos y cosas que nos rodean y nos hacemos preguntas acerca de ellos” (2011, pág. 17).

Tanto en las formas más germinales y primitivas de investigación como en las más complejas y sofisticadas, aparece la misma causa originaria: una situación problemática. De acuerdo con esto, podemos afirmar que la situación problema es lo que está al comienzo de la tarea investigativa en cuanto actividad humana orientada a descubrir lo que no se conoce y nos interesa conocer dentro de un marco o problemática determinada.

Como primera aproximación al concepto de investigación, el autor Egg (2011, pág. 17), hace referencia a la etimología del término; “la palabra investigación proviene del latín in (en) y vestigare (hallar, inquirir, indagar). Investigare deriva de vestigium, en pos de la huella, es decir, en busca de una pista para encontrar algo”. De ahí el uso más elemental del término en el sentido de averiguar o descubrir algo que se desconoce. Se trata de un término ligado a la idea de indagar, inquirir, averiguar, buscar, escudriñar, para saber acerca de una cosa.

Según el libro Metodología de la investigación del autor Valdés (2008, pág. 20): “La investigación es una actividad que persigue como objetivo básico la búsqueda de información”. Esta actividad se concibe como científica cuando se desarrolla a través de un conjunto de procesos metódicos, sistemáticos, empíricos, controlados y críticos que se aplican al estudio de un fenómeno¹. Para el caso, que es el estudio de los elementos constitutivos del hecho criminal, nos conduce al conocimiento acerca de lo ocurrido, caracterizándose por ser dinámico, cambiante y evolutivo.

A través de la historia de la humanidad diversas corrientes de pensamiento han influenciado la actividad investigativa, logrando obtener diferentes rutas para la consecución de la información, al igual que modelos interpretativos. Valdez (2008), señala que:

“cuando se recibe una noticia criminal proveniente de fuentes formales o informales, la policía inicia su proceso de conocimiento.; se inician, entonces, una serie de actividades en busca de información. Se espera que la información sea obtenida a través de procedimientos ajustados tanto a la Ley, como a parámetros técnicos, científicos y metodológicos; por ello se afirma, que la investigación criminal debe aplicar el método científico. De no ser así, la investigación se torna desordenada y no focalizada lo que haría que se obtuvieran resultados numerosos, pero no siempre relacionados unos con otros, cuestionables y por consiguiente poco confiables (pág. 21).

La investigación preliminar si bien en la normativa supranacional no hay ninguna referencia expresa a la investigación penal preparatoria de la acusación (como sí la hay sobre el juicio y el recurso) es indudable que aquélla da por sentada la existencia de esta fase del procedimiento.

3.2. Los derechos humanos y la investigación penal

Las normas sobre la detención: toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella, debiendo ser llevada ante un juez a fin de que este decida sobre la legalidad de su... detención... y ordene su libertad si fuera ilegal, artículo 7, incisos. 4, 5 y 6, Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), y prisión preventiva la prisión preventiva de las personas que deban ser juzgadas no debe ser la regla general... artículo 9.3, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); la diferenciación entre proceso y juicio,

admitiendo que éste es una parte de aquél (derecho de ser juzgada... o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso, artículo 7.5, Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); durante el proceso la persona imputada tendrá , entre otros, el derecho a ser juzgada sin dilaciones..., artículo. 14.3, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); la distinción entre procesados y condenados (artículo 10.1.a, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) entre varias otras disposiciones, así lo evidencian.

La jurisprudencia supranacional también reconoce la existencia de esta etapa preparatoria, cuando señala, por ejemplo, que tratándose de delitos de acción pública, esto es, perseguibles de oficio, el Estado tiene la obligación legal, indelegable e irrenunciable, de investigarlos y la de promover e impulsar las distintas etapas procesales; o cuando entiende que el Ministerio Público Fiscal tiene como funciones las de realizar las investigaciones preliminares, decidir si la persecución debe mantenerse, sostener la acusación y el procesamiento ante los tribunales y la de acordar la detención de toda persona sobre la que pesen indicios racionales de criminalidad; o cuando enfatiza en la obligación de cooperación de las fuerzas de seguridad con las investigaciones del fiscal civil; o cuando acepta que se distingan en el procedimiento penal las fases del sumario preparatorio y del sumario en la audiencia. Asimismo, ha expresado que las disposiciones relacionadas con la preparación de la defensa pueden aplicarse tanto al proceso mismo, como a una fase anterior del mismo.

3.2.1. Vigencia de los derechos y garantías en la investigación preliminar

Y con la misma claridad surge que, como los derechos y garantías reconocidos al imputado tienen vigencia durante el proceso, también la tendrán durante la parte del proceso que no es el juicio público; es decir, durante la fase –en que seguramente su observancia es más necesaria– que no las puede haber ignorado al momento de su producción. Además, la referencia a la acusación que realiza el artículo 8.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) no tiene el estricto

significado técnico-procesal aceptado entre nosotros, que limita ese concepto a la (acusación) que da base al juicio oral y público, lo que podría hacer pensar que aquellos derechos y sus garantías sólo rigen en esta última etapa y no en la anterior destinada a prepararla.

Por el contrario, y en una acepción mucho más amplia, la jurisprudencia supranacional entiende a la acusación como la notificación oficial, emanante de la autoridad competente, del reproche por haber cometido una infracción penal, la que puede producirse incluso en una fecha anterior al inicio del proceso, como concretamente la fecha del arresto, de la inculpación o de la apertura de investigaciones preliminares. Es que s en la etapa investigativa, al momento de recopilar la prueba es donde especialmente se presentan mayores violaciones a los derechos fundamentales, ninguna duda puede caber sobre la vigencia de la normativa supranacional que comentamos durante su transcurso.

3.2.2. Limitaciones posibles

Esto evidencia que la cuestión más delicada de abordar estará relacionada con las limitaciones que, a estos derechos y garantías reconocidos para todo el proceso, los códigos procesales puedan establecer para esta parte (del proceso) o sea para la investigación preparatoria de la acusación (también llamada instrucción), especialmente para discernir si ellas o cuales de ellas pudieran considerarse toleradas por la normativa supranacional. A estos fines habrá que recordar aquí que si bien el goce y ejercicio de algunos de estos derechos pueden ser limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos, y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática tales restricciones deben ser de origen legal, o sea conforme a las leyes que se dicten por razones de interés general y tienen que aplicarse para el propósito respecto del cual han sido establecidas (artículos 30 y 32, inciso 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)); deberán además ser proporcionales al valor en riesgo que procuran

proteger, de interpretación y aplicación restrictiva y arregladas a los valores que dan contenido al Estado de derecho y al respeto por los derechos humanos.

Será entonces dentro de este marco que habrá que analizar las normas que restringen la publicidad de las actuaciones en general, invocando que ello es “necesario para preservar los intereses de la justicia” (artículo 8.5, Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), o que autorizan el posible secreto de parte de ellas respecto de la defensa, o permiten la exclusión de la presencia del imputado en ciertos actos de recepción posible de pruebas, o limitan de cualquier otro modo el control del defensor sobre la realización de actos procesales, y decidir si tales normas procesales encuadran o no encuadran en la autorización limitativa de las disposiciones supranacionales.

Pero sobre todo habrá que poner atención en aquellas normas que estatuyan sobre el valor probatorio que actos practicados con semejantes restricciones puedan tener para fundar directamente una sentencia de condena, a pesar de no haber sido recibidos en el juicio oral y público, lo que traslada la resolución del problema que nos ocupa a esta última etapa.

Por otra parte, será de suma utilidad tener presente que si bien es en la fase oral del debate donde la participación del imputado adquiere mayor vigencia, ello no quiere decir que durante la etapa procesal preparatoria anterior a la fase oral no deba también, ejercer una activa participación fiscalizadora, especialmente para vigilar el respeto a las garantías procesales, con mayor razón si se encuentra detenido. Sin duda el acusado tendrá durante esta etapa las atribuciones de información, presencia, defensa material y de provisión de defensa técnica, como también las de control de la regularidad de toda medida tomada durante la instrucción, identificación y presentación de todo medio de prueba en el estadio primario del proceso en el que todavía es posible la búsqueda de elementos pertinentes nuevos y en el que los testigos tienen sus recuerdos recientes, y

asistencia en relación a perjuicios eventuales ocasionados por su detención (Justificación, duración y condiciones).

3.3. La investigación penal en Guatemala

El Código Procesal Penal de 1973, siguiendo el sistema inquisitivo heredado de la colonia, ponía en manos del juez la persecución penal y la decisión sobre la sentencia. Es decir, la misma persona que reunía la información, investigaba, controlaba la investigación y acusaba, es la que juzgaba. Esta concentración de funciones hace peligrar la imparcialidad del juez ya que está absolutamente condicionado por lo practicado durante la investigación.

La situación mejoró en 1987, cuando en algunos departamentos se separaron las funciones de investigación, control de investigación y acusación que quedaron a manos del juez de instrucción, de la de juzgar que quedaba a cargo del juez se sentencia. Sin embargo, la etapa de investigación seguía estando a cargo de un órgano quien, a la vez, debía controlar el respeto a los derechos y garantías constitucionales.

En un procedimiento penal democrático no es posible que una sola persona recaiga el ejercicio del poder de persecución penal y el control de ese ejercicio. Inevitablemente, o no será un buen investigador o no será un buen contralor de garantías fundamentales. Por otra parte, es lógico que la persona que investiga sea la que plantee la acusación, por cuanto conoce los pormenores del caso.

Por todo ello, es indispensable que un órgano sea el encargado de investigar y acusar y otro órgano jurisdiccional sea el encargado de controlar la investigación. Finalmente, un tercer órgano jurisdiccional ha de ser el encargado de dictar sentencia.

Esta forma de organización se adapta mucho mejor a un sistema democrático, que tiene entre sus pilares la separación de poderes y el control interórganos. No tenemos que olvidar que el mayor poder que tiene el Estado frente a los ciudadanos es el poder de imponer una sanción penal, razón por la cual deben crearse mecanismos para hacer plenamente efectivos los principios democráticos y las garantías constitucionales.

El actual Código Procesal Penal acoge este sistema, manifestación del principio acusatorio. El Ministerio Público es el órgano encargado de ejercer la acción penal y realizar la investigación.

El juez de primera instancia controla la investigación cuidando que no se afecten garantías constitucionales y decide la situación personal del imputado. Finalmente, el defensor, aboga por su patrocinado y controla, a través de los recursos el actuar de fiscal y juez.

La otra gran diferencia con respecto al sistema anterior es el objetivo de la etapa preparatoria. En los sistemas de corte inquisitivo, la etapa instructora tiene como meta recoger y practicar todos los medios probatorios con el fin de que el juez, en base a los elementos de prueba que se hubiesen reunido en el expediente, dictase la sentencia.

Sin embargo, en la etapa preparatoria del Código actual la investigación tiene como fin fundamentar la acusación del Ministerio Público. Por ello, el expediente ha perdido la importancia que antiguamente tenía por cuanto exceptuando los casos de prueba anticipada, el material reunido durante la investigación no va a poder fundamentar la sentencia. Este material tendrá que ser introducido en el debate para allí ser sometido a discusión por las partes. El Tribunal de Sentencia tendrá que basarse en lo practicado en la sala y no en el montón de papel acumulado en la investigación.

El procedimiento preparatorio es la fase inicial del proceso penal, cuando los fiscales o la policía tienen noticia de un hecho delictivo, generalmente reciben una información muy limitada. Obviamente, aun cuando hubiese en imputado conocido y presente, no sería posible juzgarlo por faltar demasiados elementos. Por ello y por la exigencia de averiguar la verdad como uno de los fines del procedimiento, se hace necesario una investigación.

3.3.1. El Ministerio Público como Órgano investigador

El Ministerio Público es el encargado del ejercicio de la acción penal y de la investigación, que es la preparación de la acción. De conformidad a lo dispuesto en el artículo 309 del Código Procesal Penal, “El Ministerio Público actuará en esta etapa a través de sus fiscales de distrito, sección, agentes fiscales y auxiliares fiscales de cualquier categoría previstos en la ley, quienes podrán asistir sin limitación alguna a los actos jurisdiccionales relacionados con la investigación a su cargo así como a diligencias de cualquier naturaleza que tiendan a la averiguación de la verdad, estando obligados todas las autoridades o empleados públicos a facilitarles la realización de sus funciones”. Tiene como auxiliares en la investigación a los funcionarios y agentes de la Policía Nacional Civil, quienes están subordinados a los fiscales y deben ejecutar sus órdenes.

En su actividad investigadora, el fiscal deberá practicar todas las diligencias pertinentes y útiles, para:

- 1º Determinar la existencia del hecho con las circunstancias de importancia para la ley Penal: El fiscal tendrá que investigar la existencia del hecho, el lugar, el tiempo, etc. las circunstancias en las que ocurrieron los hechos también pueden ser relevantes para la tipificación o la apreciación de circunstancias eximentes, atenuantes o agravantes. A la hora de determinar que, hechos, son relevantes, será necesario recurrir a la ley penal.

2º Comprobar que personas intervinieron y de qué forma lo hicieron (artículos 36 y 37 del Código Penal). Así mismo investigará las circunstancias personales de cada uno que sirvan para valorar su responsabilidad. (Artículo 26.1º. Código Penal).

3º Verificar el daño causado por el delito, aun cuando no se haya ejercido la acción civil.

En el ejercicio de su función el Ministerio Público goza de amplios poderes y facultades, de hecho, todos los poderes que otorga el Código Procesal Penal pueden ser ejercidos por el fiscal, salvo que expresamente la ley lo otorgue a otro órgano. Artículo 110 del Código Procesal Penal.

Sin embargo, el Ministerio Público no tiene una función unilateral de persecución. A diferencia del querellante, cuyo objetivo es lograr la condena del imputado, el fiscal ha de ser objetivo. Deberá preservar el estado de derecho y el respeto a los derechos humanos, lo que implica que también tendrá que formular requerimientos, solicitudes y practicar pruebas a favor del imputado. Un sobreseimiento o una sentencia absolutoria no tienen por qué ser un fracaso del fiscal. En realidad, está obligado tanto a proteger al acusado como a actuar en contra de él, observando siempre la objetividad en su función.

Según lo dispuesto en el artículo 315 del Código Procesal Penal, el imputado, su defensor y las personas a quienes se les haya dado intervención en el procedimiento, podrán proponer medios de investigación al Ministerio Público en cualquier momento del procedimiento preparatorio. Si los considera pertinentes y útiles tendrá que practicarlos. En el caso en el que considere que no procede practicar la prueba, el fiscal tendrá que dejar constancia por escrito de los motivos de su denegación.

En el desarrollo de la investigación el fiscal debe ser muy cauteloso para evitar que se vulnere el derecho de defensa del imputado. Salvo los casos expresamente previstos por la Ley. El fiscal no puede ocultarle al abogado de la defensa las pruebas prácticas, el derecho de defensa del imputado, no empieza en el debate ni en el procedimiento intermedio, sino desde el primer acto del procedimiento dirigido en su contra Artículo 71 del Código Procesal Penal.

El Artículo 48 de la Ley Orgánica del Ministerio Público exige que el Ministerio Público recoja de forma ordenada los elementos de convicción de los hechos punibles para permitir el control del superior jerárquico, de la defensa, la víctima y las partes civiles.

En el Manual del Fiscal (2000), se señala “Para realizar una buena investigación, el fiscal que va a tener a cargo el caso, tiene que oír, respetando las garantías legales, al imputado durante el procedimiento preparatorio. De lo contrario, el fiscal no está escuchando a la persona que puede conocer más directamente los hechos. No podrá conformarse con la declaración escrita, ya que esta suele ser limitada y además se pierde la intermediación y la percepción visual” (pág. 236).

El área de investigación del Ministerio Público está integrada por las siguientes dependencias:

3.3.1.1. Dirección de investigación criminalística DICRI

Esta Dirección está regulada en el Artículo 40 de la ley Orgánica del Ministerio Público en donde se establece que la Dirección de Investigaciones Criminales es la dependencia estratégica de carácter ejecutivo encargada de planificar, controlar y ejecutar la investigación operativa, la recolección de evidencias y otros medios de convicción que coadyuven al esclarecimiento de los hechos delictivos que investigan las fiscalías del Ministerio Público.

Para el ejercicio de sus funciones, la DICRI depende funcional y administrativamente del Despacho del Fiscal General de la República y tiene competencia para conocer casos a nivel nacional, debiendo actuar siempre bajo la dirección de los fiscales encargados del caso.

Si bien esta Dirección fue creada con el objeto de analizar y estudiar las pruebas y otros elementos de convicción, en la práctica su labor se suscribe casi exclusivamente a la recolección de evidencia y embalaje en la escena del crimen.

El Centro de Investigaciones Económicas Nacionales -CIEN- (2015) señala:

“Guatemala cuenta con un investigador por cada ocho mil quinientos habitantes. Midiendo la carga de trabajo por investigador al dividir el número de delitos denunciados durante un año entre el número de investigadores, tanto policiales como de DICRI, se puede determinar que el número de casos promedio por investigador es de 175 al año, esto es, 14.6 casos al mes, sin hacer distinción entre casos graves y leves.

Según estándares internacionales un investigador no debería hacerse cargo de más de 9 casos al mes. Aun así, los países latinoamericanos con altos índices de efectividad presentan tasas de 14 o 15 nuevos casos al mes” (pág. 14).

3.3.1.2. Unidad de Métodos Especiales de Investigación

Es la dependencia encargada de coordinar y controlar la aplicación de los métodos especiales de investigación previstos en la Ley contra la Delincuencia Organizada, por parte del Ministerio Público; así como asesorar y acompañar a los agentes fiscales en lo relativo al análisis, solicitud, preparación y ejecución de los mismos.

Según el Manual del Fiscal del Ministerio Público (2015), actualmente, dicha unidad esta conformada por 29 personas así.

- “1 Fiscal de seccion
- 1 Agente fiscal encargado del área de intercepcion de comunicaciones
- 1 Coordinador de sistemas y comunicaciones
- 7 Analistas técnicos
- 7 Agentes fiscales
- 1 Auxiliar fiscal I
- 2 Analistas de sistemas
- 1 Asistente ejecutivo
- 6 Oficiales de fiscalía
- 2 Conductores de vehículos” (pág. 15).

3.3.2. La intervención del juez durante la investigación

El sistema acusatorio, que rige en el Código Procesal Penal le otorga al fiscal la obligación de investigar y al juez de primera instancia la de contralor, la intervención del juez de primera instancia durante la investigación se concreta en seis puntos principales, sin perjuicio de otras actividades del juez durante el procedimiento preparatorio, como la resolución de cuestiones incidentales.

Los puntos en los que se concreta la actividad de control del juez de primera instancia son los siguientes:

- 1º El control sobre la decisión de ejercicio de la acción, artículos 25, 27, y 310 del Código Procesal Penal: el juez es quien controla la decisión del Ministerio Público de abstenerse, suspender o desestimar el ejercicio de la persecución penal.
- 2º La decisión sobre la aplicación de alguna medida de coerción sobre el imputado.

- 3º La autorización en diligencias limitativas de derechos constitucionales tales como el allanamiento en dependencia cerrada Artículo 190 (Código Procesal Penal), o el secuestro de cosas Artículo 201 (Código Procesal Penal).
- 4º La práctica de la prueba anticipada Artículo 317 (Código Procesal Penal).
- 5º El control sobre la admisión por parte del fiscal de diligencias propuestas por las partes, Artículo 315 (Código Procesal Penal).
- 6º El control de la duración de la investigación, Artículo 324 bis (Código Procesal Penal)

3.3.3. Pasos de la investigación

La investigación realizada por el fiscal debe seguir un esquema lógico. A continuación, el manual del fiscal del ministerio público despliega un método válido para el desarrollo de cualquier investigación en el proceso penal:

a) “Análisis de la información

- Reconocimiento de los hechos: El fiscal examinará la información que posee y obra en su poder. Realizará un examen de rastros, datos e informaciones que aparecen en la denuncia, prevención policial, querrela u otro medio. Todo lo anterior, junto a las nuevas pruebas que vayan apareciendo, se irán anotando en el registro.
- Planteo de las hipótesis preliminares: con la información que dispone, el fiscal elaborará distintas hipótesis preliminares.

- Descubrimiento de información: una vez fijada la información con la que cuenta el fiscal investigará para relevar hechos desconocidos. Las hipótesis preliminares le ayudarán a determinar qué es lo que busca. A medida que se vayan practicando las pruebas, muchas de las hipótesis preliminares irán cayendo.
- Formulación del núcleo del caso: Una vez agotada la investigación, el fiscal analizará la información que dispones y desechará aquellas pruebas que no revelen nada o aquellas pruebas que no puedan ser valoradas por haberse obtenido de forma ilegal, quedando lo esencial.

b) Construcción de la hipótesis definitiva

- Construcción de hipótesis posibles: el núcleo del caso ha fijado una serie de puntos. Ahora el fiscal tendrá que elaborar las distintas hipótesis posibles, que no son otra cosa que trazar una línea entre esos puntos.
- Selección de la hipótesis mejor sustentada: de entre todas las hipótesis posibles se selecciona aquella que, de acuerdo a la lógica y a la sana crítica, nos parece mejor fundamentada.

c) Comprobación de la hipótesis

- Refutación: La hipótesis mejor sustentada es confrontada con los elementos probatorios recogidos. Aquello que resiste la refutación, constituirá el núcleo de la hipótesis definitiva. Si la hipótesis resulta insostenible, se hace necesario reformularla.
- Verificación de la tipicidad: hasta este momento el fiscal se ha limitado a analizar hechos. Ahora, el hecho que constituye la hipótesis

definitiva, es comparado con la ley penal, para ver si es típico, antijurídico y culpable.

- Confirmación de la hipótesis: una vez que el fiscal ha determinado como ocurrieron los hechos, como lo va a probar y habiendo identificado el tipo penal, estará en condiciones de plantear acusación” (2,000, págs. 238-240).

3.3.4. Las principales actividades de investigación

A continuación, se desarrollan las diligencias más comunes que en el marco de su función investigadora, los agentes y auxiliares fiscales pueden ordenar o practicar por sí mismos. Para llevar un control de las mismas, es de gran utilidad el uso de la agenda del fiscal, pues en ella se condensan todas las diligencias que a lo largo del procedimiento se han ido o quedan pendientes por realizar. De esta manera el oficial registrador consignará los datos y actividades en el libro de registro único de casos de su respectiva agencia y se puede conocer el estado de la causa con una rápida mirada. La agenda del fiscal ayuda al trabajo diario, facilita el control jerárquico y reduce los inconvenientes que se generan en casos de cambio fiscal. El manual del Fiscal del Ministerio Público describe las siguientes:

- a) “Inspección en la escena del crimen

Los agentes fiscales, auxiliares fiscales que concurran al lugar en el cual se ha cometido, o existen sospechas de que se ha cometido, un hecho punible deberán actuar teniendo en cuenta lo siguiente:

- 1^o El fiscal deberá realizar una primera reconstrucción mental sobre la forma en que ocurrió el hecho, para así poder determinar con mayor precisión las acciones necesarias para el descubrimiento de la verdad.

- 2º Antes de iniciar las distintas diligencias, deberá procurar que estén presentes en la escena, el médico forense, miembros del Gabinete de la Policía Nacional y peritos de la Dirección de Investigaciones Criminalísticas del Ministerio Público.
- 3º Siendo los directores de la investigación, tienen la obligación de reunir los elementos de convicción del hecho en forma ordenada para evitar que la prueba quede viciada y posibilitar el control del superior jerárquico y de las otras partes procesales.
- 4º El fiscal debe tener presente que los funcionarios y agentes de policía actúan bajo sus órdenes. Sin embargo, es fundamental que adopte una actitud receptiva para poder aprovechar sus conocimientos técnicos, que pueden orientarle en la investigación.

b) Incautación y secuestro de evidencias

Tanto en la escena del crimen, como en registro, inspecciones u otras diligencias de investigación, el fiscal incautará o mandará incautar las distintas evidencias. En aquellos casos en los que el propietario se negase a entregar la evidencia, habrá que solicitar su secuestro, Artículo 198 del Código Procesal Penal. Cuando el bien no sea de lícito comercio, no será necesaria la orden de secuestro.

c) Orden de investigación a la policía

Durante el procedimiento preparatorio, el fiscal requerirá en numerosas ocasiones a la policía para que practiquen diligencias. El fiscal debe hacer efectivo el mandato legal de dirección de la investigación. Por ello, es inadmisibles enviar a la policía un oficio en el cual tan solo se diga: Investíguese. Para lograr un resultado positivo, es fundamental solicitar concretamente la información que se quiere obtener y fijar un plazo para la misma.

d) Prácticas de pericias

Los fiscales, ordenarán la práctica de pericias que resulten pertinentes a los fines de la investigación. Antes de solicitar la pericia, el fiscal debe saber que quiere descubrir con la misma. En cualquier caso, es fundamental, que el fiscal aclare en la orden de peritaje, que información está buscando.

Las pericias comunes son:

- Pericia balística: Esta podrá practicarse en las armas incautadas o secuestradas, así como en vainas y proyectiles. Tiene como fin, determinar el calibre y la comparación microscópica en vainas y proyectiles, la distancia y la trayectoria del disparo, así como también determinar la marca y el número de serie del arma de fuego.
- Pericias biológicas Esta podrá llevarse a cabo en sangre, semen, saliva, cabellos.
- Químicas: Se utiliza para determinar la existencia de componentes químicos en las evidencias encontradas en el lugar de los hechos, dentro de las mismas están: absorción atómica, análisis de pintura, prueba FRI, análisis de explosivos y análisis de drogas.
- Examen grafotécnico: los documentos, tanto públicos como privados, que puedan tener relevancia para determinar la existencia de un hecho delictivo o aportar información, pueden ser sometidos a examen de grafotécnica y documentoscopia. El examen puede analizar las firmas, las letras o la escritura, los billetes, los sellos y timbres, etc. con esta pericia se determinará la falsedad o autenticidad del documento, si fue o no alterado, etc.

e) Recolección de testimonios

Es muy importante que el fiscal cite a las personas que pueden haber presenciado el hecho o pueden tener alguna información relevante sobre el mismo. En algunos casos, será el mismo fiscal quien salga a buscar a los testigos. Hay que procurar oír a todas las personas que, de las declaraciones de otros testigos, sea factible pensar que tienen información relevante.

El interrogatorio a los testigos ha de ser lo más exhaustivo posible, apurando los detalles para obtener el máximo de información o establecer contradicciones entre los mismos. Finalizando el mismo, habrá que levantar acta en la que se contengan los puntos más relevantes, sin perjuicio de que en el cuaderno del fiscal se incluyan detalles, apreciaciones o comentarios personales del fiscal que tomó la declaración.

Cuando el interrogado sea el imputado, el fiscal deberá controlar que la declaración se realiza respetando todas las garantías. No obstante, no deben dejar de interrogarlo. Si admite los hechos, deberá realizarse un interrogatorio exhaustivo, procurando identificar medios de prueba que corroboren la admisión. Si negase los hechos y presentase coartada, deberá escuchar e interrogar sobre el máximo número de detalles posibles, así como circunstancias en las que se encontraba, testigos de descargo, tiempo, lugar, clima, visibilidad, etc.

En caso de amenazas, el fiscal puede tomarle declaración al testigo en su domicilio y en su caso solicitar la prueba anticipada. Así mismo, podrá ofrecerle protección policial, Artículo 217 del Código Procesal Penal.

f) Careos

Regulado en el Artículo 250 y siguientes del Código Procesal Penal, se practicará cuando existan declaraciones contradictorias, entre testigos entre sí, entre coimputados o entre estos y los testigos.

g) Identificación de cadáveres

Regulado en el Artículo 196 del Código Procesal Penal, En aquellos casos en los que habiendo una muerte sospechosa de criminalidad, se ignore quien es el occiso, se deberá buscar la identificación a través de testigos, impresiones digitales, cotejo dactiloscópico o exposición del cadáver al público.

h) Reconocimiento

Es importante realizar reconocimientos en fila de personas, en aquellos casos en los que el testigo no conocía al imputado, antes de los hechos. En algunas ocasiones se podrá realizar sobre otro testigo. El fiscal ha de ser muy cuidadoso que la prueba se realice con las formalidades de ley, de acuerdo a lo regulado en los Artículos 194, 246, y 247 del Código Procesal Penal. Así mismo, también se puede practicar reconocimiento en evidencias, documentos, etc. Artículo 244 del Código Procesal Penal.

Esta diligencia, de ser posible se llevará a cabo los primeros días de la investigación, con la finalidad que el recuerdo que del imputado o de las cosas preservan los testigos, no se borre con el transcurso del tiempo o sea modificado por factores externos, como la publicidad, conversaciones con otros testigos, presiones o amenazas, etc.

i) Reconstrucción de los hechos

Este medio de prueba es de gran utilidad para confirmar las distintas hipótesis planteadas. A lo largo de la investigación, el fiscal podrá requerir esta diligencia, cuidando que se produzca en la forma prevista en la ley, Artículo 380 del Código Procesal Penal” (2,000, págs. 240-246).

CAPÍTULO IV

EL ABUSO DE LA DECLARACIÓN TESTIMONIAL EN CALIDAD DE ANTICIPO DE PRUEBA

4.1. La prueba anticipada

4.1.1. Generalidades

Respecto al anticipo de prueba, la legislación procesal Artículo 317 establece parámetros claros, para la aplicación de esta figura, y entre éstos se encuentra cuando es necesario practicar un reconocimiento, reconstrucción, pericia o inspección que por su naturaleza y características deban ser considerados como actos definitivos que no puedan ser reproducidos, o cuando deba declarar un órgano de prueba que por algún obstáculo difícil de superar, se presume que no podrá hacerla durante el debate. En concordancia con la doctrina la prueba anticipada solamente debe operar cuando existe un obstáculo insuperable para producir la prueba durante el debate, por lo que solo bajo esas circunstancias este mecanismo debe de utilizarse.

En la etapa preparatoria o de instrucción, el Ministerio Público realiza la investigación de la verdad para establecer la existencia del hecho y las circunstancias de tiempo, modo y forma, el daño o peligro causado al bien jurídico, así como a la personas o personas que participaron en el mismo, a las que se deberá identificar y conocer sus circunstancias personales para establecer la responsabilidad penal.

La persecución penal se deberá realizar de acuerdo con las reglas del debido proceso, por lo que el imputado u otros sujetos procesales también podrán proponer medios de investigación, los que la fiscalía deberá practicar cuando sean pertinentes, es decir, que se refieran al hecho y sean de utilidad para el esclarecimiento de la verdad. En caso que el Ministerio Público no los realice, el

interesado puede acudir al Juez Contralor para que valore la necesidad de practicar los medios de investigación propuestos.

Durante la etapa preparatoria el Ministerio Público realiza la investigación en la que ordena como medios de investigación todo tipo reconocimientos, reconstrucciones, pericias o inspecciones, así como escucha testigos, ya sea para sustentar una acusación, para pedir el sobreseimiento u otro acto conclusivo. Sin embargo, hay circunstancias en donde es necesario adelantar los medios de investigación a la calidad de prueba, y para ello existe la institución denominada anticipo de prueba, conocida también como prueba anticipada penal.

En esta diligencia se tienen que observar todos los requisitos de un debate, pues su naturaleza es un medio de investigación convertida en una prueba para ser incorporada al debate por medio de su lectura, o bien mediante escuchar el audio en donde quedó grabada la audiencia. Es por ello, que los defensores deben conocer además de la estructura de las diligencias, todo lo relacionado con objeciones a los interrogatorios y conainterrogatorios, así como protestar los actos procesales cuando éstos no sean practicados tal como lo establece la ley procesal.

4.1.2. Concepto de la Prueba anticipada

La prueba anticipada consiste en aquella prueba que se realiza en un momento anterior al juicio oral motivado ya sea por la imposibilidad material de practicarlo en el juicio oral o la previsibilidad de esa imposibilidad.

Neyra (2010), señala que la prueba anticipada presupone siempre el inicio del proceso penal propiamente dicho y; la formulación, en los escritos de conclusiones provisionales, de las afirmaciones de hecho que van a constituir objeto de la prueba durante la fase sumarial o de instrucción no son actos de prueba, solamente actos de investigación, esto porque en España después de las actuaciones probatorias realizadas en el juicio, el Fiscal tiene que emitir sus conclusiones definitivas y porque

no hay claramente diferenciada una etapa intermedia igual que sucede en nuestro país. Por ello el autor define a la prueba anticipada como aquel que tiene lugar, una vez concluida la instrucción sumarial, durante la fase del plenario y antes del inicio de las sesiones de juicio oral motivado por la imposibilidad material de que pueda llevarse a efecto durante la vista oral (pág. 614).

La prueba anticipada para la Corte Suprema de Justicia (2013) es:

“Una excepción al principio de que la prueba se produce exclusivamente en el debate oral y público. Se ordena por necesidad de practicar actos y diligencias que por su naturaleza y características se consideran como definitivas o difíciles de reproducir en el juicio oral, por lo que no se requiere la concurrencia al debate del testigo que rindió su declaración conforme a ese acto jurisdiccional, ya que por tratarse de una prueba preconstituida, se incorpora con su reproducción por el medio por el cual quedo registrada” (pág. 55).

En general, Díaz (2006), expone que:

“puede entenderse por prueba anticipada aquella producida en una fase o etapa anterior a aquella que ha previsto ordinariamente el procedimiento de que se trate. Justificada por situaciones excepcionales que pueden amenazar la prueba misma o su calidad, la prueba anticipada no hace sino reconocer y plasmar en el caso particular el derecho a probar que corresponde esencialmente a las partes y que es propio del debido proceso” (pág. 25).

Entonces, se entiende que la prueba anticipada es aquella que, a modo de excepción, no puede esperar a ser actuada en el juicio oral, ya que razones de urgencia y peligro tornan en necesaria su inmediata práctica, a fin de evitar que la información que se pueda extraer de los testigos, peritos o de los careos o de las

reconstrucciones, inspecciones o reconocimientos pueda verse afectada por el transcurso del tiempo.

4.1.3. Regulación legal

El Artículo 317 del Código Procesal Penal regula el anticipo de prueba y los divide en dos partes:

- 1º Los que por su naturaleza deban ser considerados como actos definitivos que no puedan ser reproducidos durante el debate. Para el efecto señala los reconocimientos tanto de personas como de cosas, reconstrucciones de hechos, peritajes, o inspecciones. Por ejemplo, el reconocimiento de un imputado, testigo o perito que se encuentre con enfermedad terminal, o que viajará al extranjero, o que su vida se encuentre en una situación de peligro.

Reconocimiento de lugares que están a punto de desaparecer por algún peligro, inclemencias del tiempo, por alteración de un escenario del crimen, o porque existe la necesidad de cambiar las cosas o construcciones, dentro de ellas por ejemplo, una casa en donde se cometió un delito o que en ella estuvo detenida una persona secuestrada.

Reconstrucciones de hecho en donde alguno de los personajes como, víctimas, testigos, necesiten viajar, estén gravemente enfermos o que su vida corra peligro. Pericias que conforme a la ley es necesario realizar dentro de un período de tiempo o porque se trate de productos perecederos, animales o cosas que estén a punto de morir, perderse por cualquier causa, o cambiar de aspecto, tal es el caso del peritaje de análisis toxicológico de drogas en el cual también se realiza la destrucción de la misma.

- 2º Cuando deba declarar un órgano de prueba (perito o testigo) que por algún obstáculo difícil de superar se presuma que no podrá hacerlo durante el

debate. El caso de peritos o testigos que se encuentren gravemente enfermos regularmente por enfermedades terminales, o que por su avanzada edad se presume que no podrán acudir al debate, tengan que viajar al extranjero o que durante el debate será muy difícil su participación en forma personal. Cuando se trate de un testigo que se tema por su vida o integridad física se tomará su declaración por video conferencia u otro medio electrónico.

- 3º Otros aspectos. Puede prescindirse de los requisitos tales como un obstáculo difícil de superar se presume que no podrá hacerlo durante el debate, en los casos que la ley lo determine como el reconocimiento análisis e incineración de droga, reconocimiento de personas y cosas, la colaboración eficaz, o cuando lo establezca por el interés superior de la víctima sobre el interés del propio proceso, aunado a la imposibilidad de acudir al debate, e impedir que los hechos por los que son víctimas queden impunes cuando se trate de víctima mujer extranjera, indistintamente de su situación migratorio, o cuando sea víctima de delitos contra trata de personas o explotación sexual.

En los delitos regulados en la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer no hay norma expresa que autorice prescindir de estos requisitos, sin embargo, la fiscalía pide la declaración de la víctima como anticipo de prueba por temor a ésta se retracte, pueda variar su declaración o no comparezca al debate. Hay audiencias en donde la defensa presenta objeción de no practicar la declaración de la agraviada como prueba anticipada para que esta no varíe su declaración en el debate, el juzgado declara con lugar la objeción o reclamo de subsanación y la diligencia no se efectúa. La resolución es recurrida por el Ministerio Público y la Sala de la Corte de Apelaciones confirma la resolución.

El Artículo 308 del Código Procesal Penal faculta a los jueces de primera instancia, y donde no los hubiera a los de paz, para autorizar al Ministerio Público la realización de aquellas diligencias y medidas de coerción limitativas de derechos fundamentales, tales como un allanamiento o una detención. En esta línea, los fiscales podrán solicitar *in situ* las medidas oportunas.

Así, por ejemplo, podrán requerir a un juez que los acompañe en un allanamiento, para que durante la realización de la diligencia, se dicte orden de detención contra las personas que allí se encontrasen.

4.1.4. Sujetos procesales que pueden solicitar un anticipo de prueba

La ley procesal penal establece que pueden pedir el anticipo de prueba el Ministerio Público o cualquiera de las partes (querellante adhesivo, imputado o víctima), ante el juez que controla la investigación.

De manera que, el imputado e incluso el acusado pueden pedir por medio su abogado defensor el anticipo de prueba en la etapa preparatoria o en fase aún después del ofrecimiento de la prueba como una investigación suplementaria dentro de los ocho días posteriores a la audiencia de ofrecimiento de prueba en donde se cite a juicio penal, tal como lo establece el Artículo 348 del Código Procesal Penal.

En cuanto al trámite que se debe seguir para solicitar la actuación de la prueba anticipada Neyra (2010), expone:

- “La solicitud de prueba anticipada se presentará al Juez de la Investigación Preparatoria en el curso de esta fase investigativa o hasta antes de remitir la causa al Juzgado Penal.
- Esta solicitud precisará la prueba a actuar, los hechos que constituyen su objeto y las razones de su importancia para la decisión en el juicio.

También, indicarán el nombre de las personas que deben intervenir en el acto y las circunstancias de su procedencia, que no permitan su actuación en el juicio.

La solicitud, asimismo, debe señalar los sujetos procesales constituidos en autos y su domicilio procesal. El Ministerio Público asistirá obligatoriamente a la audiencia de prueba anticipada y exhibirá el expediente fiscal para su examen inmediato, por el Juez, en ese acto.

Corroborando que anticipo de prueba requiere la intermediación de Juez y de los sujetos procesales, el código procesal penal ha previsto que para que se lleve a cabo la contradicción, el juez está obligado a correr audiencia en el mismo acto a efecto de garantizar la igualdad de derechos en pronunciamientos, el derecho de petición, la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa para en contra de quien se pretende el anticipo de prueba.

El Juez decidirá si acoge la solicitud de prueba anticipada y, en su caso, si aplaza la diligencia y el plazo respectivo. En casos de urgencia, para asegurar la práctica de la prueba, el Juez dispondrá que los términos se abrevien en la medida necesaria.

Si existe peligro inminente de pérdida del elemento probatorio y su actuación no admite dilación, a pedido del Fiscal, decidirá su realización de inmediato, sin traslado alguno, y actuará la prueba designando defensor de oficio para que controle el acto, si es que resulta imposible comunicar su actuación a la defensa.

La resolución que dispone la realización de la prueba anticipada especificará el objeto de la prueba, las personas interesadas en su práctica y la fecha de la audiencia, que, salvo lo dispuesto en el caso de urgencia, no podrá ser antes del décimo día de la citación. Se citará a todos los sujetos procesales, sin exclusión. Y si se trata de la actuación de varias pruebas, se llevarán a cabo en una audiencia única, salvo que su realización resulte manifiestamente imposible.

Los demás sujetos procesales serán citados obligatoriamente y tendrán derecho a estar presentes en el acto. Su incomparecencia no frustra la audiencia y las pruebas serán practicadas con las formalidades establecidas para el juicio oral. Si la práctica de la prueba no se concluye en la misma audiencia, puede ser aplazada al día siguiente hábil, salvo que su desarrollo requiera un tiempo mayor.

Así pues, la prueba anticipada se justifica cuando por ejemplo el testigo tiene que ausentarse a larga distancia del lugar donde se va a desarrollar el juicio o por existir motivo que hiciera temer la sobrevivencia del testigo por padecer una enfermedad grave, su incapacidad física o mental o algún otro obstáculo semejante, el fiscal podrá solicitar al juez de garantía que se reciba su declaración anticipadamente. La anticipación de prueba durante la etapa de investigación debe reunir las mismas condiciones de contradictoriedad que el juicio oral, de manera que el examen y contra examen del testigo se hará por parte del Fiscal y del abogado defensor, como si se hubiera hecho en la audiencia" (pág. 617).

4.1.5. Anticipo de prueba de derechos de terceros

Este anticipo de prueba aplica de dos formas:

- a) A solicitud del Ministerio Público, quien requiere la intervención del juez para la práctica de este anticipo cuando se ignore quien ha de ser el imputado o cuando sean de extrema urgencia los reconocimientos, reconstrucciones, peritajes, o inspecciones. Este es un caso especial en donde se puede prescindir de citación a las partes si hubiere un proceso.
- b) De oficio, en los casos de la existencia de algún peligro inminente de pérdida de elemento probatorio urgente que no admita dilación. Al finalizar el acto el juez remitirá las actuaciones al Ministerio Público haciendo constar en el acto los motivos que determinaron su resolución.

En ambos casos se nombrará un defensor público ya sea de planta o de oficio para que controle el acto (2014, pág. 15).

4.2. Declaración testimonial

4.2.1. Carácter y concepto de la prueba testimonial

Por cuanto se trata de una consecuencia natural del empleo de la palabra hablada como forma de comunicación entre los hombres, Cafferata (1998) “el testimonio es un medio de prueba tan viejo como la humanidad, y el más antiguo, junto con la confesión.

La posterior aparición de nuevos tipos de prueba con pretensiones de mayor eficacia conviccional (como el documento, la pericia, etc.) no ha ocasionado una limitación sustancial en el uso del testimonio. Hoy en día, la prueba más común en los procesos penales sigue siendo la testimonial.

Se ha dicho que el fundamento probatorio del testimonio tiene por base la experiencia, la cual muestra que el hombre, por regla general, percibe y narra la verdad, y sólo por excepción se engaña y miente.

Sin embargo, la afirmación precedente ha sido contradicha, puesto que se ha señalado que una tal presunción sería contraria a la realidad, ya que el hombre es instintivamente mendaz, no sólo cuando tiene directo interés de serlo, sino también cuando supone que el decir la verdad pueda favorecer o perjudicar a otros.

Conforme a las nociones precedentemente expuestas, cabe decir que testimonio es la declaración de una persona física, recibida en el curso del proceso penal, acerca de lo que pueda conocer, por percepción de sus sentidos, sobre los hechos investigados, con el propósito de contribuir a la reconstrucción conceptual de éstos” (pág. 107).

El testimonio ha sido el medio de prueba más utilizado en el proceso penal, y el testigo que es el órgano de prueba, ha sido definido de diferentes maneras, en discusiones que hoy aparecen superadas. Hay que advertir que muchas de las controversias en relación con éste y otros medios de prueba, se nos antojan como mera historia. Nuestro CPP refleja los acuerdos más modernos en torno de estas discusiones.

El Concepto de testigo es inseparable del de testimonio, indica Florián (2001, pág. 83) que testigo y testimonio “aparecen como dos expresiones de un mismo concepto, como dos aspectos de un mismo hecho”. Si se toman como base para una definición del concepto, los elementos que propone el jurista Eugenio Florián, puede decirse, que el testigo es una persona física a quien se le ha citado a declarar, sobre lo que conozca del hecho, objeto del proceso penal, con el fin de producir un elemento de prueba.

Sobra decir que se trata de una declaración oral, que este es el sello que caracteriza a este medio de prueba. Hay que tener en cuenta expone el autor Malatesta (2002, pág. 35), quien manifiesta que el principio de la oralidad tiene su fundamento en un principio más general que es el examen directo de las pruebas por el tribunal de sentencia. En virtud del examen directo y oral del testigo, el juez puede darse cuenta de la actitud del testigo, en dónde su dicho es débil, etc. En cambio, sí juzga con base en testimonios redactados por otros (sería el caso de la declaración ante el MP), se pierden todos estos elementos de valoración, amén de que el acta no sea del todo fiel.

Una declaración testimonial escrita, pierde su originalidad, ya que ésta consiste precisamente en que la prueba se produzca directamente frente a los jueces. Es claro, que una declaración ante los jueces (oralidad), es mejor prueba que una declaración escrita. Se ha dicho por parte de relevantes juristas, que el fundamento del medio testimonial de prueba, es una pretendida presunción de veracidad humana. Los hombres perciben y relatan la verdad, presunción que a su vez se

funda dice el jurista, en la experiencia general de la humanidad, que demuestra que en las más de las veces, el hombre es verídico (Malatesta, 2002, pág. 35).

Esta presunción estaría en la base de la credibilidad abstracta, algo así como que en general todos los hombres son creíbles, porque son capaces de percibir la realidad y no quieren engañar al relatar lo percibido.

En lo concreto, no obstante, tal presunción puede ser menguada, o reformulada, por las condiciones especiales del testigo y testimonios concretos, que son inherentes al sujeto, a la forma y al contenido de un testimonio.

Si se toma en cuenta la distinción entre credibilidad abstracta y en lo concreto que hace Malatesta (2002, pág. 36), es posible matizar la crítica recibida de otros juristas como Manzini, que la contradice, afirmando que “una tal presunción, sería contraria a la realidad, ya que el hombre es instintivamente mendaz, no solo cuando tiene directo interés en serlo, sino también cuando supone que al decir la verdad pueda favorecer, o perjudicar a otros”.

Si como dice Manzini (1929, pág. 93), “el fundamento de esta prueba debe buscarse, por una parte, en la necesidad, y por la otra, en la libre convicción del juez, se requiere como fundamento general, aceptar que el hombre es capaz de percibir la realidad y de relatarla verazmente”. De otro modo, no habría prueba testimonial. Es con cada testimonio concreto, como se redefine esta premisa general, y ello concuerda con el reconocimiento de que finalmente, es en el momento de la apreciación de la prueba, que el tribunal define en qué grado ha sido menguada la credibilidad, con base en las condiciones personales del testigo, y de la forma y contenido del testimonio.

Si la percepción de la realidad fue deficiente, o la transmisión de esas sensaciones o representaciones ha sido errónea, o falsificada, ello no obsta para reconocer, que el testimonio constituye un valioso medio de prueba, y en ocasiones el único. Por

ello, necesariamente hay que buscar y encontrar a los testigos de hechos delictivos para que rindan su testimonio. Es en el momento de la apreciación de la prueba que se define la credibilidad concreta del testigo.

4.2.2. Capacidad para rendir testimonio

4.2.2.1 Capacidad en abstracto

El Artículo 207 establece el universo de quiénes tienen jurídicamente capacidad para ser testigos. Este comprende a todos los habitantes del país y personas que se hallen dentro del territorio nacional. De modo que de manera general, no existe ninguna exclusión para ser testigo en cualquier proceso. La nacionalidad, el género, la edad, posición social y económica, fama pública, las capacidades físicas diferentes, o incapacidades mentales, no constituyen condiciones o elementos que excluyan la capacidad de ser testigo. Otra cosa es la influencia que estas condiciones personales pueda tener, tanto respecto de la apreciación del testimonio, como del deber de comparecencia, o la formalidad de la protesta de decir verdad.

Este universo, tan amplio, que comprende la totalidad de las personas presentes en el país, tiene por fundamento la necesidad de investigación y prueba de los hechos delictivos, lo más completa que sea posible. Los peligros de distorsión de la verdad que esta amplitud pudiera provocar, tiene su oportuno correctivo a la hora de la apreciación del testimonio.

4.2.2.2 Capacidad en concreto

Existen motivos particulares que excluyen la capacidad de rendir testimonio en procesos concretos. Si de manera general no existen causas de incapacidad, la exclusión de esa capacidad de que tratamos es relativa, por cuanto se refiere a un

proceso determinado. Esta exclusión puede tener como motivo, la incompatibilidad, o bien la prohibición expresa de la ley:

- Exclusión por incompatibilidad de la función: La ley no necesita decirlo, pero los jueces de la causa no pueden ser a la vez testigos. En la doctrina se distinguen situaciones que son, hasta cierto punto, de sentido común. Por ejemplo, si un juez es citado como testigo, con anterioridad a su intervención como juez en la misma causa, puede ser testigo si previamente se excusa. Claramente es más importante asumir una posición sin reemplazo posible, que la de juez, que fácilmente puede ser sustituido.

Tampoco es compatible que en un mismo juicio, el papel de testigo con el de representante del Ministerio Público. Hay que distinguir desde luego, a aquellos auxiliares que habiendo participado en la investigación, testimonian sobre lo que les consta respecto de la materia probatoria. Y es que esta incompatibilidad se deriva de la estructura del proceso y la posición que asume en ella el MP. Por lo dicho, esta incompatibilidad se aplica igualmente al abogado defensor.

- Exclusión por incompatibilidad de la posición procesal: El acusado no podría ser testigo en su propia causa, por cuanto, no podría cumplir con la prescripción del Artículo. 207 del Código Procesal Penal, sobre decir la verdad y no ocultar nada de lo que sabe. Y por otra parte, tiene la protección del Artículo. 16 constitucional, por lo que no está obligado a declarar contra sí mismo. Mentir, además, no le compromete penalmente, puesto que no declara bajo protesta de decir verdad.
- Exclusión por prohibición expresa: El Artículo. 212 del Código Procesal Constitucional, incluye como causas de excepción a la obligación de declarar, situaciones que en rigor son prohibiciones, según se desprende de su propio contenido. Si solo se tratara de exonerarlos de la obligación, sería solo un

derecho de abstención, y en cambio, como están reguladas, se trata de una prohibición.

Este es el caso de los numerales 2,3 y 4 del Artículo en mención. En el caso del secreto profesional, no se regula siquiera que el interesado pueda autorizar la develación del secreto. Declarar contra esta prescripción apareja nulidad de la deposición, y quien lo hace, se expone a la sanción penal que prescribe el arto. 223, CP. De conformidad con esta norma penal sustantiva, la prohibición afecta al secreto profesional, sacerdotal, y artístico.

- Derecho de abstención: La verdadera excepción a la obligación de declarar se concreta en los parientes del acusado en los grados de ley, los adoptantes y adoptados, los tutores y pupilos recíprocamente, cuando sus declaraciones puedan perjudicarlos dice el numeral 1º del Artículo. 212 (CPP) Esta norma tiene en el Artículo 16 constitucional su referente supremo. Nada más que aquélla se queda corta, por cuanto no incluye al cónyuge y persona unida de hecho legalmente.

El jurisconsulto Paulo citado por Florián (2001, pág. 133), fundamentaba la prohibición con estas palabras “porque en verdad los vínculos de parentesco corrompen el testimonio de la mayoría de las personas”.

Modernamente se trata de fundamentar en el principio de unidad y cohesión familiar, y no porque sea sospechoso, como sugiere el jurisconsulto romano, pues una condición tal debe considerarse en el momento de valoración de la prueba; Es el valor que se le asigna a la familia por las funciones que cumple en la sociedad, especialmente en lo que corresponde a la interiorización de los valores socialmente aceptados, lo que explica estas previsiones de la normativa procesal para protegerla. Es claro que los vínculos de parentesco colocan al testigo ante un dilema ético: o declara la verdad y entonces perjudica al sindicado, o lo protege mintiendo.

4.2.3. El deber de comparecer y prestar declaración

En concordancia con el carácter general de la capacidad para rendir testimonio, toda persona tiene el deber de concurrir a una citación para prestar declaración testimonial, Artículo 207 del Código Procesal Penal; su incomparecencia injustificada provocará su conducción por la fuerza pública, artículo 173 (CPP). Pero si existe peligro fundado de que la persona se oculte o intente entorpecer por cualquier medio la averiguación de la verdad, se procederá a su conducción, sin esperar su comparecencia voluntaria, Artículo 175 (CPP). En el mismo sentido el Artículo 217 de la ley en mención.

En el caso que el testigo no se halle en el lugar en que deba prestar declaración, o en sus proximidades, y su presencia personal no fuere imprescindible, se procederá al despacho para que declare ante la autoridad de su domicilio, siempre que se trate de una etapa anterior al debate. Si ese no fuera el caso, se le citará para que comparezca personalmente, Artículo. 216 del Código Procesal Penal. Si habiendo comparecido el testigo se negare a declarar, se promoverá su persecución penal, por el delito de falso testimonio, regulado en el Artículo 460 del Código Penal Decreto número 17-73.

4.2.4. Excepciones al deber de comparecencia

La ley exime de su deber de comparecer personalmente, a las siguientes personas:

- a) Los altos funcionarios del Poder Ejecutivo, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Corte de Constitucionalidad, y Tribunal Supremo Electoral, los funcionarios judiciales de categoría superior al del juez respectivo, y los diputados titulares.
- b) Los representantes diplomáticos acreditados en el país, Artículo 208 del Código Procesal Penal.

En este primer grupo se ubican los funcionarios que ostentan el privilegio para no comparecer personalmente. Declararán por informe escrito bajo protesta de decir verdad. Incluso, si por la importancia del caso se les toma declaración en su despacho o residencia, las partes no tienen derecho a interrogarles.

Se trata en consecuencia, de una prueba que no reúne los requisitos de la producción probatoria del testimonio. Si es un informe escrito, o rendido en su despacho ante el agente del Ministerio Público será un acto de investigación, si es ante el juez contralor en el caso de anticipo de prueba, por una ficción jurídica tendrá el carácter de testimonio judicial. Solo si es rendido ante el tribunal de la audiencia se robustece como prueba testimonial, pero limitada por la imposibilidad del interrogatorio.

- c) Las que no puedan concurrir al tribunal por impedimento físico.
- d) Los testigos que teman por su seguridad personal, por haber recibido amenazas, coacciones o intimidaciones, Artículo 210 (CPP). Esta previsión está afectada por la Ley que protege a los sujetos procesales (Artículos. 10 y 12 del Decreto 70-96). En estos casos, si las circunstancias lo permiten, serán examinados en su domicilio o en donde se encuentren. Habría que referir a estos casos el comentario anterior, respecto de la naturaleza de la prueba directamente referida ante el tribunal de sentencia.
- e) Las que teniendo el deber de testimoniar, se encuentren en el extranjero, caso en el cual, se procede conforme a las normas nacionales e internacionales sobre auxilio judicial, (suplicatorio, carta rogatoria o requerimiento, regula el Artículo 379, inciso último del Código Procesal Penal).

4.3. La Tutela judicial efectiva

4.3.1. Antecedentes

La Tutela judicial surge como Derecho Constitucional luego de la segunda guerra mundial, como respuesta a la arbitrariedad que imperaba en los tiempos que la precedieron en los países de la Europa fascista, siendo que bajo el lema del acto de gobierno y de la discrecionalidad se creó toda una gama de actos del ejecutivo exentos de control judicial y de procesos que eran tan sólo en apariencia tales, según Hurtado (1993), describe que:

“El sistema nacional socialista que rigió el tercer reich liderizado por el fűerer Adolf Hitler, donde sin debido proceso, sin derecho a la defensa, sin prueba e incluso sin proceso, fueron juzgados los judíos, gitanos y comunistas, de ahí que con la declaración de los derechos humanos, surgió uno de los motivos de incluir en los textos constitucionales, el conjunto de garantías y derechos mínimos que deben reunir los procesos judiciales para poder calificarlos de justos y constitucional, más aún, de debido, todo con la intención que los sistemas de gobiernos de turno, mediante leyes acomodaticias y con mayoría legislativa manipulada, ignorante, servil y sin escrúpulos que obedezcan ciegamente al gobernante o, que se inspiren en corrientes políticas determinadas y trasnochadas, no puedan desconocer el contenido constitucional de las garantías” (pág. 234).

4.3.2. Definición

González Pérez define este derecho a la tutela como “el derecho de toda persona a que se le haga justicia; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con garantías mínimas” (2001, pág. 33).

Es un derecho que se caracteriza por ser consustancial al hombre mismo y propio de su naturaleza, y por tal razón es calificado como un derecho fundamental. Pablo Perrino indica que “el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva es amplio, y despliega sus efectos en tres momentos: el acceso a la justicia, el desarrollo del proceso y la ejecución de la sentencia” (2003, pág. 257).

La tutela judicial efectiva también definida por Luis Marcelo como

“La manifestación constitucional de un conjunto de instituciones de origen eminentemente procesal, cuyo propósito consiste en cautelar libre, real e irrestricto acceso de todos los justiciables a la prestación jurisdiccional a cargo del Estado, a través de un debido proceso que revista los elementos necesarios para hacer posible la eficacia del derecho contenido en las normas jurídicas, que culmine con una resolución final ajustada a derecho y con un contenido mínimo de justicia, susceptible de ser ejecutada coercitivamente y que permita la consecución de los valores fundamentales sobre los que se cimienta el orden jurídico en su integridad” (1985, pág. 45).

Seguidamente Perrino (2003) señala que:

“Toda tutela, por definición, conlleva una protección, un resguardo o una defensa que incluye a todos los medios o facultades integrantes del haz de herramientas que brinda el derecho para asegurar y posibilitar su eficacia; y esa tutela es judicial en la medida en que es brindada por organismos jurisdiccionales. Pero esa protección debe cumplir un recaudo fundamental. La tutela ha de ser además, y muy especialmente, de tipo efectiva, lo que significa que el proceso o cualquiera de las otras herramientas de las que se valga el Estado, no debe reducirse a un moderno esquema normativo y un sólido sustento teórico que le de fundamento, sino que en la práctica y a través de la aplicación diaria en

los órganos jurisdiccionales deben producir resultados útiles, concretos y perceptibles, que afecten la vida de los ciudadanos y satisfaga las legítimas expectativas que éstos tienen sobre su rendimiento. Y en este contexto, el debido proceso legal aparece también como una garantía constitucional intrínsecamente vinculada al derecho a una tutela judicial efectiva” (pág. 259).

Y en este contexto, el debido proceso legal aparece también como una garantía constitucional intrínsecamente vinculada al derecho a una tutela judicial efectiva. Sabemos que el proceso es el medio o el instrumento del cual se vale el Estado para cumplir la función jurisdiccional que se la ha asignado y de la cual se valen los habitantes para alcanzar el derecho a la tutela. Pero no es con el diseño y establecimiento de cualquier tipo de proceso que se cumple con el deber del Estado de satisfacer el derecho a la tutela. Por el contrario, para cumplir con este deber el Estado debe respetar, en la tramitación y sustanciación del proceso, los principios o reglas constitucionales que le son propios. Si estos principios o reglas no son respetados, el proceso legal no será válido como tal.

4.3.3. Regulación Legal

La tutela judicial efectiva, entendida como derecho y garantía constitucional y convencional, puede y debe ser regulada a través de normas que le asignen contenido, que defina sus alcances, que traduzca los valores y directrices que aquella presupone en prerrogativas precisas y definidas.

Existe cierta falta de claridad en la legislación nacional en cuanto a la regulación de la tutela judicial efectiva, en la Constitución Política de la República de Guatemala no existe ningún artículo que expresamente regule el derecho a la tutela judicial efectiva, este se encuentra reconocido en sus Artículos 2, 12, 29 y 203:

- a) El Artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que El deber del Estado es garantizarle a los habitantes de

la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.

- b) El artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala estipula el derecho de defensa: La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido. Ninguna persona puede ser juzgada por tribunales especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente.
- c) El Artículo 29 de la Constitución Política de la República de Guatemala estipula Libre acceso a tribunales y dependencias del Estado. Toda persona tiene libre acceso a los tribunales, dependencias y oficinas del Estado, para ejercer sus acciones y hacer valer sus derechos de conformidad con la ley. Los extranjeros únicamente podrán acudir a la vía diplomática en caso de denegación de justicia. No se califica como tal, el solo hecho de que el fallo sea contrario a sus intereses y en todo caso, deben haberse agotado los recursos legales que establecen las leyes guatemaltecas.
- d) El Artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala Independencia del organismo judicial y potestad de juzgar. La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. Los otros Organismos del Estado deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones. Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y a las leyes. A quienes atentaren contra la independencia del Organismo Judicial, además de

imponérseles las penas fijadas por el código penal, se les inhabilitará para ejercer cualquier cargo público. La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca. Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia.

En cuanto al derecho internacional el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra consagrado en diversos tratados aprobados y ratificados por Guatemala. Entre estos tratados se encuentran los siguientes:

- a) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Esta declaración aprobada por la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia en 1948, expresa en su Artículo XVIII: Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por la cual la justicia la ampare contra actos de la autoridad que viole, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente,
- b) La Declaración Universal de Derechos Humanos, esta declaración adoptada por la resolución 217A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 10 de Diciembre de 1948, establece un sistema de derecho y garantías judiciales entre las que cabe citar: Artículo 8: Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que la ampare contra actos que viole sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.; así mismo el Artículo 10 de La Declaración Universal de Derechos Humanos, establece: Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, o para la determinación de sus derechos y

obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

- c) La Convención Americana sobre Derechos Humanos, específicamente el capítulo II sobre Derechos Civiles y Políticos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de Noviembre de 1969, se integra con una serie de disposiciones de relevante trascendencia en materia de tutela jurisdiccional, entre las que cabe destacar: Artículo 8: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

- d) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos suscrito en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, establece en su parte II que los Estados se comprometen a garantizar: Artículo 2: Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente pacto hayan sido violados, podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales.

Por último, en la legislación interna específicamente en el Código Procesal Penal, encontramos la tutela judicial efectiva en el Artículo 5 en el que se regula los fines del proceso, estableciendo en su parte conducente "... La víctima o el agraviado y el imputado, como sujetos procesales, tienen derecho a la tutela judicial efectiva. El procedimiento, por aplicación del principio del debido proceso, debe responder a las legítimas pretensiones de ambos".

4.4. Principio de objetividad en la investigación

La imparcialidad del Ministerio Público da la pauta para comprender un principio básico en la función ministerial, este es el de objetividad, el cual, como sucede igualmente con los jueces, puede ser entendido perfectamente si se hace un esfuerzo de interpretación.

Tal y como se ha visto, son varias y de muy variada naturaleza las funciones del Ministerio Público, “pero si solo circunscribiéramos nuestra atención a una de estas, por ejemplo, investigación y persecución de los delitos, se entendería a la perfección el principio enunciado” (Grande, 2006, pág. 135).

Así, en la reconstrucción de los hechos constitutivos de un delito, el Ministerio Público debe siempre conducirse con el firme propósito de alcanzar la verdad de los hechos que tiene que investigar, sin que en tal tarea se vea movido por algún interés de tipo personal o subjetivo. A través del principio de objetividad, el Ministerio Público tendría que esforzarse por rechazar cualquier tipo de influencia o prejuicio interior que pueda determinar la conducción de sus actuaciones y los resultados de estas.

Qué duda cabe que en quienes se encarna la institución del Ministerio Público son personas de carne y hueso, con un origen social determinado, con una serie de convicciones personales perfectamente identificadas, con una ideología bien específica, en definitiva, con una particular manera de ver el mundo. Pues bien, contra todos estos prejuicios tiene que luchar el Ministerio Público para realizar en forma objetiva su trabajo, esforzándose continuamente por que estos no determinen cómo debe de hacerlo. Así, como lo expresa Grande (2006, pág. 135) “el interés del Ministerio Público no será el interés individual sino el interés social”.

En ese orden de ideas, el Ministerio Público debe respetar dicho principio, pues este es uno de los pilares que fundamenta su labor, el cual no solo se

encuentra regulado en el Código Procesal Penal, también aparece regulado en la Ley Orgánica del Ministerio Público, para lo cual se aportarán los artículos que fundamentan la objetividad como principio procesal.

En el Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República lo encontramos en los siguientes artículos:

a) El Artículo 46 señala que el Ministerio Público, por medio de los agentes que designe, tendrá la facultad de practicar la averiguación por los delitos que este Código le asigna y ejercerá la acción penal conforme los términos que determina el Código Procesal Penal.

b) En el Artículo 108, se señala que, en el ejercicio de su función, el Ministerio Público adecuará sus actos a un criterio objetivo, velando por la correcta aplicación de la ley penal, deberá formular los requerimientos y solicitudes conforme a ese criterio, aún en favor del imputado.

c) Por su parte el Artículo 180, dispone que salvo que la ley penal disponga lo contrario, el Ministerio Público y los tribunales tienen el deber de procurar, por sí, la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos y de cumplir estrictamente con los preceptos de este Código.

d) En ese sentido el Artículo 290 en cuanto a la extensión de la investigación establece que es obligación del Ministerio Público extender la investigación no sólo a las circunstancias de cargo, sino también a las que sirvan para descargo, cuidando de procurar con urgencia los elementos de prueba cuya pérdida es de temer.

Siguiendo con el tema del principio de objetividad en la investigación el Artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto 40-94 del Congreso de la República, determina que en el ejercicio de esa función, el

Ministerio Público perseguirá la realización de la justicia, y actuará con objetividad, imparcialidad y con apego al principio de legalidad, en los términos que la ley establece.

4.5. Abusos de las declaraciones en calidad de anticipo de prueba

La regla general de la prueba anticipada es que nunca será descubierta, sino que se ofrecerá por las partes y admitirá por el órgano jurisdiccional, pero no en la etapa intermedia (necesariamente), sino incluso desde que se formule denuncia o querrela; por ello, de ofrecerse en la etapa intermedia no seguiría las reglas de las pruebas en general, ante la evidente premura de su desarrollo y su imperiosa necesidad de evitar caminos rígidos y prolongados que pudieran retrasarla.

La oportunidad para ofrecerla acontece a partir de cualquier momento del procedimiento, hasta antes de que se celebre la audiencia de juicio. Así, cuando estamos en presencia de la prueba anticipada se evidencia que no existe descubrimiento probatorio alguno de las partes para ser perfeccionada y el único presupuesto que debe satisfacerse consiste en la procedencia que al respecto haga el juez contralor; esto es, cuando los sujetos procesales la soliciten, el órgano jurisdiccional deberá analizar la posibilidad de que la prueba por anticipar no pueda ser desarrollada en la audiencia de juicio oral y, de estimarlo procedente, la admitirá y realizará en el mismo acto otorgando a las partes todas las facultades previstas para su participación en la audiencia de juicio oral.

Supone una excepción al principio de inmediación a cargo del tribunal de sentencia, la encontramos también en el derecho comparado, ya que el derecho procesal chileno la nombra prueba testimonial o pericial anticipada en la preparación a juicio oral, mientras que el derecho colombiano la intitula, prueba anticipada.

En el caso de Guatemala el Artículo 317 del Código Procesal Penal señala: "(Actos jurisdiccionales: Anticipo de prueba). Cuando sea necesario practicar un

reconocimiento, reconstrucción, pericia o inspección que por su naturaleza y características deban ser considerados como actos definitivos que no puedan ser reproducidos, o cuando deba declarar un órgano de prueba que, por algún obstáculo difícil de superar, se presume que no podrá hacerlo durante el debate, el Ministerio Público o cualquiera de las partes requerirá al juez que controla la investigación que lo realice.

El juez practicará el acto, si lo considera admisible formalmente, citando a todas las partes, los defensores o mandatarios, quienes tendrán derecho a asistir con las facultades previstas respecto de su intervención en el debate...”.

Del citado artículo se resalta las siguientes características de la prueba anticipada:

- a) Se pueden diligenciar los medios de prueba tales como reconocimiento, reconstrucción, pericia o inspección, como declaraciones testimoniales.
- b) Su naturaleza y características deben ser considerados como actos definitivos.
- c) No pueden reproducirse en el debate.
- d) Que en el caso de las declaraciones exista algún obstáculo difícil de superar y se presume que no podrá hacerlo durante el debate.
- e) Debe respetarse la inmediación procesal.
- f) No se debe vulnerar el derecho de defensa.

Así mismo, la cita norma legal permite la aplicación del anticipo de prueba por medio de videoconferencia u otro medio electrónico cuando el testigo tema por su vida o

su integridad física, debiendo respetarse lo que señala el artículo 218 BIS. y 218 TER. de la citada norma legal.

El Código Procesal Penal incluso permite que antes que inicie el debate pueda practicarse un anticipo de prueba, de conformidad con el Artículo 348 el cual regula “Artículo 348. (Anticipo de prueba). El tribunal podrá ordenar, de oficio o a pedido de parte una investigación suplementaria dentro de los ocho días señalados en el artículo anterior, a fin de recibir declaración a los órganos de prueba que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrán concurrir al debate, adelantar las operaciones periciales necesarias para informar en él, o llevar a cabo los actos probatorios que fueran difícil cumplir en la audiencia o que no admitieren dilación...”

En relación al anticipo de prueba la Corte de Constitucionalidad señala: “...La disposición legal antes citada, entre otros puntos, refiere que cuando deba declarar un órgano de prueba que por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá hacerlo durante el debate, el ente investigador o cualquier sujeto procesal lo requerirá al Juez contralor de la investigación que lo realice y para ello, la citada autoridad judicial, si admite formalmente esa petición, practicará dicho acto con citación de todas las partes procesales, quienes podrán ejercer las facultades previstas en la ley respecto a su intervención en el debate. Lo anterior implica que para la producción de un medio de prueba en calidad de prueba anticipada, el Juez determinará previamente a su diligenciamiento, que concurra el supuesto antes relacionado y para su desarrollo las partes procesales gozan de los derechos y facultades que les corresponde durante el desarrollo del debate en la etapa del juicio, con lo cual se garantiza su derecho de defensa y la sujeción del juez al debido proceso... Al efectuar el análisis legal respectivo se aprecia que la autoridad impugnada al emitir el acto reclamado y reexaminar la resolución por medio de la cual ordenó la recepción de la declaración testimonial de... en calidad de prueba anticipada que requirió el Ministerio Público, en el proceso que se sigue contra el accionante por el delito de Asesinato, estimó que la vida de la citada persona está

en peligro, al referir entre otros argumentos, que fue testigo presencial del hecho que se investiga en el proceso subyacente a la presente acción; en tal sentido, se advierte que la citada autoridad judicial al declarar sin lugar el recurso de reposición que interpuso el amparista contra el auto que ordenó la diligencia antes relacionada, expresó las razones en las que se sustentó para determinar que concurría el requisito que habilita la recepción de la declaración del enunciado órgano de prueba, en sujeción a lo dispuesto en los Artículos 3 y 317 de la ley adjetiva penal, sin que se haya vulnerado el derecho y principio jurídico denunciados por el solicitante del amparo. Cabe agregar que tal como quedó apuntado en la tesis anteriormente esbozada, durante el diligenciamiento de la recepción de un órgano de prueba en calidad de prueba anticipada las partes procesales gozan por mandato legal de todos aquellos derechos y facultades que les confiere la ley adjetiva penal durante el desarrollo del debate, por lo que durante la dilación procesal a la cual se ha hecho referencia, la citada ley prevé que se cumpla con los principios que informan el debate durante la etapa del juicio, sin que se vulnere derecho o principio jurídico alguno. Además, la autoridad impugnada con base en el principio del Juez natural y tomando en consideración las facultades que le inviste la ley de la materia que rige el acto, admitió la petición que le formuló el ente investigador y ordenó su diligenciamiento, por lo que actuó en sujeción al principio jurídico del debido proceso y si bien es cierto la Ley para la Protección de Sujetos Procesales y Personas Vinculadas a la Administración de Justicia Penal, regula en su Artículo 2, su objeto, entre otros, la protección de testigos, ello no supone un límite a la facultad que legalmente tienen atribuidos los jueces de autorizar y diligenciar los diversos órganos de prueba en calidad de prueba anticipada cuando concurren los requisitos que la habilitan...¹”

En menester acotar que el ordenamiento jurídico es claro en establecer las situaciones y casos en los que debe recibirse un anticipo de prueba, resaltando que

¹ Corte de Constitucionalidad. Apelación de Sentencia de Amparo. Expediente 3385-2008 Sentencia de fecha veintidós de abril de dos mil nueve.

la finalidad de este es asegurar que dicho medio de prueba pueda ser atendido en el debate y valorado esto porque por la naturaleza del mismo este se puede perder.

Al referirse a los abusos que pueden conllevar el diligenciamiento de la declaración testimonial en calidad de anticipo de prueba, no se está señalando que el Ministerio Público siempre solicita el mismo sin respetar los presupuestos señalados en la ley o que los Jueces o Tribunales que lo autorizan no verifican el cumplimiento de los presupuestos para su autorización, pero si es preciso explicar que existen situaciones en las que la persecución penal inicia por un hecho que señala como delito, posteriormente se obtiene la declaración en anticipo de prueba del testigo la cual contraviene o es contraria a la persecución penal ya sea porque se retracta o porque lo manifestado ya ante el Juez contradice todo lo que obra en la denuncia inicial o lo que ha expuesto ante el Ministerio Público, aspectos que conllevan a esta institución a tomar la decisión de que al decretarse la apertura a juicio y se señale la audiencia de ofrecimiento de prueba ofrezca como medios de prueba para su diligenciamiento en el debate oral y público, prescinda del anticipo de prueba ofreciendo la declaración del testigo por su comparecencia ante el tribunal o en el peor de los casos ofrezca ambos medios, evidencia con ello que desde un inicio nunca existió la necesidad para que se autorizara la recepción de la declaración del testigo en calidad de anticipo de prueba.

Otra situación que también se ve como un abuso por parte del Ministerio Público, es requerir el anticipo de prueba para recibir la declaración testimonial de un niño, niña o adolescente, fundamentando su petición en el hecho que es menor de edad y debe evitarse su revictimización, a lo cual es oportuno acotar que la víctima dentro del proceso penal guatemalteco estuvo por muchos años relegada a un formalismo extremo en el que sus derechos quedaron en segundo plano, por citar algunos ejemplos podemos encontrarnos que para poder participar en una primera declaración debía solicitársele autorización al sindicado y si este no estaba de acuerdo el juez le solicitaba que saliera de la sala de audiencias, solo como víctima no podía presenciar ninguna de las diligencias que fueran a practicarse era

necesario que se constituye como querellante adhesivo, para intervenir en una audiencia intermedia con antelación y por escrito debía solicitarle al Juez su autorización, sino lo hacía de esta manera se tenía por abandonada su querrela, la admisión como querellante adhesivo se daba en dos momentos, una intervención provisional y una definitiva, esta segunda se lograba cuando se renovaba la solicitud durante el procedimiento intermedio, en el caso de las responsabilidades civiles era obligatorio que la víctima se constituyera como actor civil de lo contrario no se podía ejercer el derecho de que se le reconocieran los daños y perjuicios ocasionados por la acción delictiva.

Fue hasta en el 2011 por medio del decreto 7-2011 del Congreso de la República el cual realizó reformas al Código Procesal Penal, en el que el Estado adecua el ordenamiento jurídico para permitir que una persona agraviada pudiera ejercer sus derechos sin esos formalismos que limitaban su participación dentro del proceso penal, reforma que trajo consigo la exclusión de algunas figuras que lo único que buscaban era limitar sus derechos.

Posteriormente entra en vigencia el Decreto 21-2016 del Congreso de la República, “Ley Orgánica del Instituto para la Asistencia y Atención a la Víctima del Delito”, con lo cual la protección a la víctima y el garantizarle que pueda ejercer sus derechos dentro de un marco igualitario, obliga al Estado brindar la asistencia necesaria en cumplimiento del Artículo 2 de la Constitución Política de la República.

A pesar de los avances que ha habido en Guatemala en el tema de protección a la víctima, siguen materias pendientes de resolver y que en la actualidad repercuten en el trabajo que realiza el Ministerio Público en el ejercicio de la persecución penal, esto porque a la fecha todavía dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco existen vacíos legales que permite que grupos vulnerables continúen siendo desprotegidos.

En el caso concreto se refiere a la niñez y adolescencia quienes como es sabido constituyen uno de los grupos vulnerables de la sociedad, esto porque en la mayoría de los casos se le protege desde la apreciación que tiene un adulto sobre ellos y se olvida que también son seres humanos, su asistencia debe ser atendida en relación directa de los mismos, a pesar de la existencia de un sistema normativo que busca otorgarles una protección jurídica preferente la problemática que enfrentan los niños, niñas y adolescentes en Guatemala se ve manifiesta en el sistema normativo el cual carece de aspectos que cumplan con la ponderación de sus derechos humanos, lo anterior es evidente porque salvo en el derecho de la niñez y adolescencia como niñez víctima de derechos mismos que son atendidos a través de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto 23-2007 del Congreso de la República en los Juzgados de la Niñez y Adolescencia, en las demás ramas de derecho su tutela se ve limitada a lo que las leyes específicas le permiten que pueda aplicar.

Qué difícil es el trato que se le debe brindar a un menor de edad víctima de alguna comisión delictiva, en virtud que en estos casos la atención brindada se debe de realizar en base a lo que permite el Código Procesal Penal, Ley Orgánica del Instituto para la Asistencia y Atención a la Víctima del Delito y otros cuerpos legales, por lo que a pesar de estar frente a una vulneración de derechos la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia queda relegada a un segundo plano.

En ese orden de ideas, los menores de edad que resultan siendo agraviados por el cometiendo de un hecho delictivo, sus derechos son tutelados a través del sistema normativo penal (entiéndase Código Penal, decreto número 17-73 del Congreso de la República, Código Procesal Penal Decreto 51-92 del Congreso de la República y demás leyes penales) por lo que al momento que son enfrentados al proceso penal son tratados en igual forma que el sindicado bajo la errónea creencia que debe respetarse el derecho de igualdad de las partes, por lo que independientemente del delito son enfrentados a revivir el evento varias veces lo que trae como consecuencia su revictimización.

Uno de los principales problemas que enfrenta el Ministerio Público cuando conoce casos en los que se ven involucrados niños, niñas y adolescentes víctimas de un hecho delictivo, son los obstáculos que el mismo Código Procesal Penal le impone en relación a la investigación de debe realizar, entre los temores que tiene un menor de edad es enfrentarse a lo desconocido, ellos no cuentan con la madurez necesaria para entender su situación como agraviados, les aterra contar lo sucedido, lo que dificulta a un más la labora investigativa, porque en esos casos tendrían que declarar varias veces narrando lo sucedido lo que no ayuda en nada al propio afectado para superar los acontecimientos sufridos.

Una de las formas para evitar la revictimización de los menores de edad victimas de hechos delictivos es a través de recibir su declaración como anticipo de prueba, pero en la actualidad el Artículo 317 Código Procesal Penal, Decreto número 51-92 del Congreso de la República, dentro de sus requisitos no determina de forma expresa la obligatoriedad para los jueces de recibir la declaración en anticipo de prueba de los menores de edad víctimas de algún delito.

Los aspectos que se regulan en el citado artículo en relación a la obtención del medio de prueba se refieren a su pérdida o porque será imposible su diligenciamiento en el debate, por lo que se deja a un lado el interés superior de los menores de edad y por consiguiente si el juzgador considera no recibir el referido medio de investigación en la forma prevista, el niño, niña o adolescente deberá enfrentarse ante su agresor en el debate, a todo eso ya han pasado varias etapas investigativas en las que tuvo que relatar el hecho una y otra vez, generando la revictimización de sus derechos, así también dicha situación tampoco fue contemplada en el Decreto 21-2016 del Congreso de la República, “Ley Orgánica del Instituto para la Asistencia y Atención a la Víctima del Delito”, por lo que en la práctica cuando se le solicita al juez de garantías autorice una declaración en calidad de anticipo de prueba de una persona solo por el hecho de ser menor de edad, queda a su criterio el autorizarla o no hacerlo.

De todo lo anteriormente expuesto, vale la pena resaltar que la declaración testimonial en calidad de anticipo de prueba como presupuesto general para su autorización por parte del Juzgador se fundamenta en el obstáculo de poder obtener su diligenciamiento en el debate oral y público, motivo por el cual para que el mismo no constituya un abuso por parte del Ministerio Público ya sea por solicitar su práctica cuando no es necesario o basado en aspectos que no contempla el Artículo 317 del Código Procesal Penal, es necesario la reforma el citado Artículo en el sentido que se establezca que dicho medio de prueba debe ser autorizado cuando el declarante sea un menor de edad y que los casos en los que se realice el mismo bajo la inobservancia de los presupuestos señalados en la ley para su obtención serán nulos de pleno derecho, logrando con ello garantizar una tutela judicial efectiva tanto para el sindicado como para la víctima.

CONCLUSIONES

1. El Artículo 317 del Código Procesal Penal, es claro en establecer las situaciones y casos en los que debe recibirse un anticipo de prueba, resaltando que la finalidad de este, es asegurar que dicho medio de prueba pueda ser atendido en el debate y valorado, esto porque por la naturaleza del mismo este se puede perder, razón por la cual el órgano jurisdiccional deberá analizar la posibilidad de que la prueba por anticipar no pueda ser desarrollada en la audiencia de juicio oral y, de estimarlo procedente, la admitirá y diligenciará en el mismo acto otorgando a las partes todas las facultades previstas para su participación en la audiencia de juicio oral, pero el Ministerio Público acude a este acto procesal de la declaración testimonial en calidad de anticipo de prueba por temor a que no declare el testigo en el debate oral y público o para no tener que estar convocándolo a dicha etapa procesal.
2. Al referirse a los abusos que pueden conllevar el diligenciamiento de la declaración testimonial en calidad de anticipo de prueba, no se está señalando que el Ministerio Público siempre solicita el mismo sin respetar los presupuestos señalados en la ley o que los Jueces o Tribunales que lo autorizan no verifican el cumplimiento de los presupuestos para su autorización, pero si es preciso señalar que existen situaciones en las que la persecución penal inicia por un hecho que señala como delito, posteriormente se obtiene la declaración en anticipo de prueba del testigo la cual contraviene o es contraria a la persecución penal, ya sea porque se retracta o porque lo manifestado ante el Juez contradice todo lo que obra en la denuncia inicial o lo que ha expuesto ante el Ministerio Público, aspectos que conllevan a esta institución a tomar la decisión de que al decretarse la apertura a juicio y se señale la audiencia de ofrecimiento de prueba ofrezca como medios de prueba para su diligenciamiento en el debate oral y público, prescinda del anticipo de prueba ofreciendo la declaración del testigo por su comparecencia ante el tribunal o en el peor de los casos ofrezca ambos medios, evidencia con ello que desde un inicio nunca existió la necesidad para

que se autorizada la recepción de la declaración del testigo en calidad de anticipo de prueba, evidenciándose que el ente investigador utiliza en forma excesiva dicho medio de prueba con el fin de constituirla como una herramienta que le permita cumplir con sus estadísticas.

3. Otras de las formas en que se abusa de la declaración en calidad de anticipo de prueba, es en el caso de los menores de edad víctimas de hechos delictivos pues se solicita que sus declaraciones sean recibidas bajo esta modalidad con el fin de evitar la revictimización, pero en la actualidad el Artículo 317 Código Procesal Penal, Decreto número 51-92 del Congreso de la República, dentro de sus requisitos no determina de forma expresa la obligatoriedad para los jueces de recibir la declaración en anticipo de prueba de los menores de edad víctimas de algún delito, por lo que queda a consideración del juzgador admitir o no su diligenciamiento, acudiendo el Ministerio Público a utilizar dicho medio de prueba en virtud que los agraviados por su minoría de edad, en las diferentes etapas del proceso varían su declaración, lo cual viene afectar la investigación.

4. En la actualidad no se están observando los requisitos o reglas de admisibilidad y diligenciamiento en la declaración testimonial en calidad de anticipo de prueba, esto porque dicho medio de prueba como presupuesto general para su autorización por parte del Juzgador se fundamenta en el obstáculo de poder obtener su diligenciamiento en el debate oral y público, motivo por el cual para que el mismo no constituya un abuso por parte del Ministerio Público ya sea por solicitar su práctica cuando no es necesario o basado en aspectos que no contempla el Artículo 317 del Código Procesal Penal, confirmándose por lo tanto, la hipótesis sobre la que se realizó el presente trabajo de graduación; es necesario la reforma el citado Artículo en el sentido que se establezca que dicho medio de prueba debe ser autorizado cuando el declarante sea un menor de edad y que los casos en los que se realice el mismo bajo la inobservancia de los presupuestos señalados en la ley para su obtención serán nulos de pleno

derecho, logrando con ello garantizar una tutela judicial efectiva tanto para el sindicado como para la víctima.

BIBLIOGRAFÍA

Alcalá-Zamora y Castillo N. (1987). *Derecho procesal*. España: Bosch

Arango Escobar, J. (2004). *El derecho procesal penal*. (Tomo II). Guatemala: Editorial estudiantil FÉNIX 2004.

Binder, A. (1993). *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editorial Ad.

Cafferata Nores, J. (1998). *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires: Editorial Depalma.

Centro de Investigaciones Económicas Nacionales. Ministerio Público y Fiscalía de Delitos contra la Vida. (2015). *Proyecto de lineamientos de política económica, social y de seguridad 2011 – 2021*. Guatemala: Autor.

Claría Olmedo, J. A. (1998). *Derecho procesal penal*. Argentina: Rubinzal Culzoni Editores.

Dante Barrios D. A. (1979). *Teoría del proceso*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

De Bernardis, L. M. (1985). *La garantía procesal del debido proceso*. Lima, Perú: Editorial Cultural Cusco S.A.

Díaz, Álvaro P. (2006). *La prueba anticipada en el proceso civil*. Santiago de Chile, Chile: Editoriales Lexis Nexis.

Egg, E. A. (2011). *Aprender a investigar*. Córdoba, España: Editorial Brujas.

- Florián, E. (2001). *Elementos de derecho procesal penal*. Barcelona, España: Editorial Bosch.
- Fontecilla, R. (1943). *Derecho procesal penal*. (Tomo I). Santiago de Chile, Chile: Editorial El Imparcial.
- Grande Yáñez, M. (2006). *Ética de las profesiones jurídicas*. Bilbao, España: UNIJES, Desclée De Brower.
- González Pérez, J. (2001). *El derecho a la tutela jurisdiccional*. (Tercera Edición). Madrid, España: Editorial Civitas.
- Herrarte A. (1991). *Derecho procesal penal: el proceso penal guatemalteco*. Guatemala: Editorial Vile.
- Houed Vega, M. A. (2007). *La prueba y su valoración en el proceso penal*. Nicaragua: Editorial Servicios Gráficos.
- Hurtado O. (1993). *Lecciones de derecho romano*. Caracas, Venezuela: Ediciones Justiniano SRL.
- Leone, G. (1963). *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Ejea.
- Maier, J. B. (1975). *La investigación penal preparatoria del Ministerio Público*. Córdoba, España: Editorial Lerner.
- Mailxmail. *Curso legislación de Guatemala*. Recuperado de: <http://www.mailxmail.com/curso-legislacion-guatemala-5/prueba-proceso-penal>.

- Malatesta, F. (2002). *Lógica de las pruebas penales en materia criminal*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, S.A.
- Manzini, V. (1929). *Instituciones de derecho procesal penal*. (Tercera Edición). Buenos Aires, Argentina: Editorial Padua.
- Ministerio Público (2000). *Manual del fiscal, administración Velásquez Zarate, José Amílcar*. Guatemala. Autor.
- Neyra Flores, J. A. (2010). *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. Lima Perú: Editorial Moreno S. A.
- Perrino, P. E. (05,2003). El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa. *Revista de Derecho Público Rubinzal-Culzoni, Proceso Administrativo*. 1, pp. 257-259.
- Poroj Subuyuj, O. A. (2011). *El proceso penal guatemalteco: Etapa preparatoria etapa intermedia y la vía recursiva*. (4ª. edición, V. 1). Guatemala: Magna Terra Editores.
- Rivera Silva, M. (1999). *El procedimiento penal*. México: Editorial Porrúa.
- Robles Sotomayor, F. M. (2017). *Derecho procesal penal I*. Continental Huancayo, Perú: Ediciones de Universidad.
- Silva Silva, J. A. (1998). *Derecho procesal penal*. México: Editorial Harla.
- Valdés Moreno, C. E. (2008). *Metodología de la investigación y manejo de la información*. Colombia: Galería Gráfica Compañía de Impresión S.A.

Valenzuela O. W. (2003). *El nuevo proceso penal*. Guatemala: Editorial Oscar de León Palacios.

LEYES CONSULTADAS

Asamblea Nacional Constituyente (1985). *Constitución Política de la República de Guatemala*. Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala. (1994). *Código Procesal Penal. Decreto 51-92*. Guatemala.

ANEXOS

SENTENCIA
Carpeta Judicial No. 21003-2010-00459
Acusado: MAYNOR ELIU VALLADARES GONZALEZ
Delito: ASESINATO

TRIBUNAL DE SENTENCIA PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL AMBIENTE DEL DEPARTAMENTO DE JALAPA. Jalapa, treinta de octubre del año dos mil trece. -----

EN NOMBRE DEL PUEBLO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, el Tribunal dicta sentencia en el juicio oral y público que por el delito de: **ASESINATO**, que se instruyera en contra de: **MAYNOR ELIU VALLADARES GONZALEZ**, siendo agraviado el señor: **CALLETANO CONTRERAS AVILA.** -----

I) IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES: -----

MAYNOR ELIU VALLADARES GONZALEZ, quien manifestó: No tiene apodo, de treinta y cinco años de edad, curso hasta segundo primaria, agricultor, nació el dieciséis de febrero de mil novecientos setenta y ocho, en Llano Grande, Monjas, Jalapa, casado con Hllaria Ávila Escobar, tiene tres hijas menores de edad, mantiene a cinco personas, obtiene ingresos semanales de trescientos quetzales, hijo de Abel Valladares Barrera y de Amabilia Esperanza González Llanes, vivía en Caserío La Rinconada, Aldea Llano Grande, Monjas, Jalapa, no ha sido juzgado por ningún otro delito. Sí conoció a don Cayetano Contreras Ávila, porque lo miraba pasar con leña. -----

No se constituyó Querellante Adhesivo, no se constituyó Actor Civil, no se constituyó Tercero Civilmente Demandado. -----

El Ministerio Público presentó acusación a través del Agente Fiscal, Abogado **ARNALDO GOMEZ JIMENEZ** y fue el Agente Fiscal, Abogado: **ULDRICH ADELMAR MAAZ RODRIGUEZ**, quien actuó en el desarrollo de debate. -----

La Defensa Técnica del acusado estuvo a cargo de los Abogados: **LEONEL ALBERTO ORELLANA BARRERA Y NANCY LISSETT LOPEZ ESCOBAR.** -----

II) ENUNCIACIÓN DE LOS HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS OBJETO DE LA ACUSACIÓN Y DEL AUTO DE APERTURA DEL JUICIO: -----

Conforme al escrito de acusación de fecha nueve de abril del año dos mil doce, y el auto de apertura a juicio de fecha veinticuatro de abril del año dos mil doce, el proceso versó

sobre los siguientes hechos: “A usted, **MAYNOR ELIU VALLADARES GONZALEZ**, el día veintisiete de enero del año dos mil once, a eso de las siete horas con treinta minutos aproximadamente, juntamente con los individuos **Amado Augusto Pérez Sandoval, Edvin Orlando Herrera Grijalva y Misael Escobar Matheu**, en un camino de terracería que pasa por los terrenos del señor Pantaleón Contreras Yanes, ubicado en el caserío El Sestiadero del municipio de Monjas departamento de Jalapa, cuando por ese lugar caminaba el señor **CALLETANO CONTRERAS AVILA**, usted portando una escopeta calibre doce, sus acompañantes armas de fuego calibre nueve milímetros, premeditadamente y de propósito con el objeto de asegurar su finalidad, lo esperaron ocultándose en la plantación de café que existe en dicho lugar y utilizando las armas de fuego mencionadas, usted y sus acompañantes dispararon las mismas en contra de la integridad física del mismo ofendido Calletano Contreras Ávila, provocándole las lesiones siguientes: múltiples heridas de proyectil de arma de fuego tipo escopeta en la cabeza; múltiples heridas de proyectil de arma de fuego tipo escopeta en la cara, múltiples heridas de arma de fuego tipo escopeta en región posterior del cuello, múltiples heridas de proyectil de arma de fuego en tórax anterior en unión de brazo izquierdo; heridas de proyectil de arma de fuego tipo escopeta en antebrazo derecho, causándole la muerte en el mismo lugar, luego usted y sus acompañantes se retiraron del lugar”. Este hecho se califica como delito de **ASESINATO** previsto en el Artículo 132 del Código Penal.-----

III) DE LA DETERMINACIÓN PRECISA Y CIRCUNSTANCIADA DEL HECHO QUE EL TRIBUNAL ESTIMA ACREDITADO. ----- Durante las audiencias realizadas en el desarrollo del debate oral y público el juez unipersonal estima de la prueba producida valorada positivamente han quedado acreditados únicamente los hechos siguientes: **a) El día veintisiete de enero del año dos mil once, a eso de las siete horas con treinta minutos aproximadamente, en un camino de terracería que pasa por los terrenos del señor Pantaleón Contreras Yanes, ubicado en el caserío El Sestiadero, del municipio de Monjas, departamento de Jalapa, cuando caminaba el señor: CALLETANO CONTRERAS AVILA, un grupo de hombres, lo esperaban ocultándose en la plantación de café que existe en el lugar y utilizando armas de fuego dispararon las mismas en contra de la integridad física del occiso, provocándole la muerte violenta, lo que se comprueba con el Dictamen Pericial de fecha treinta y uno de enero de dos mil once, relacionado a la Necropsia médico legal practicada por el Doctor LUIS ARTURO HERRERA LEMUS (Médico Forense) y certificación de defunción número doscientos cincuenta y ocho, de fecha veintisiete**

de enero de dos mil once, extendida por el Registro Nacional de las Personas, del municipio de Monjas, departamento de Jalapa; b) Que no se configura la existencia real del delito al no encuadrar el verbo rector dentro de la acción que forma parte de la plataforma fáctica de la acusación en relación al acusado MAYNOR ELIU VALLADARES GONZALEZ. -----

IV) DE LOS RAZONAMIENTOS QUE INDUCEN AL TRIBUNAL A CONDENAR O ABSOLVER. -----

En cumplimiento del principio de seguridad jurídica contenido en los artículos 1 y 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala, es deber del Estado a través del principio de intervención mínima del derecho penal, garantizarle a los ciudadanos entre otros bienes jurídicos, la vida, la integridad física, la libertad, la honra, dignidad y justicia, habida cuenta que, se tutelan estos bienes jurídicos de trascendencia para la persona y la sociedad, tipificándolos como delitos o faltas para ser sancionados de conformidad con la ley. El proceso penal tiene como fin la averiguación inmediata de un hecho señalado como delito así como de aquellas circunstancias en que pudo ser cometido el mismo y la posible participación del procesado y el pronunciamiento de la sentencia respectiva a la cual se concluye a través de la prueba, en ese sentido ***no es el tribunal quien establece si una persona es culpable o no, sino las pruebas que aportan las partes durante el debate, de manera que va impactando en la conciencia de los juzgadores hasta llegar a un estado de certeza jurídica;*** en ese orden de ideas, se afirma que la prueba es el medio más confiable para concluir con certeza jurídica sobre lo discutido en el juicio siendo esta la mayor garantía contra cualquier arbitrariedad en las decisiones judiciales. Pero este objetivo no fuere realizable, sino a través del proceso penal, que de conformidad con el artículo 5 del Código Procesal Penal tiene los siguientes fines: “Fines del proceso. El proceso penal tiene por objeto la averiguación de un hecho señalado como delito o falta y de las circunstancias en que pudo ser cometido, el establecimiento de la posible participación del sindicado, el pronunciamiento de la sentencia respectiva y la ejecución de la misma. La víctima o el agraviado y el imputado, como sujetos procesales, tienen derecho a la tutela judicial efectiva. El procedimiento, por aplicación del principio del debido proceso, debe responder a las legítimas pretensiones de ambos”. -----

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva diecisiete diagonal dos mil dos (17/2002) solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la cual se define que: “El Proceso Penal es un medio para asegurar en la mayor medida posible, la solución justa de su controversia. A ese fin atiende el conjunto de

actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto del debido proceso legal". De tal cuenta que, su fundamento se encuentra en el respeto a los derechos humanos de la persona agraviada y del acusado, en igualdad de oportunidades dentro del proceso, a través del sistema adversarial. Corresponde entonces, al ente acusador como abogado de la víctima y en representación del Estado acreditar al órgano jurisdiccional, que el acusado es responsable de la comisión del delito a través de medios de prueba legales, pertinentes e idóneos, y es deber de quien juzga de velar que se respeten los derechos de las partes en condiciones de igualdad, así como analizar y valorar los medios de prueba que se le presenten conforme a las reglas de la sana crítica teniendo como valor supremo la justicia en la solución del conflicto. Las reglas de la sana crítica incluyen la aplicación de la lógica, la experiencia común del juzgador, apoyado en la ciencia, la doctrina y la jurisprudencia, y en el presente caso llega a las siguientes conclusiones: - - - - -

El acusado **MAYNOR ELIU VALLADARES GONZALEZ**, quien declaró manifestando: De eso que me acusan es toda una mentira que se inventaron estas personas no sé por qué, como la envidia existe verdad, quizás porque lo miran a uno con su familia que es feliz, aunque sea pobre pero que vive bien con su familia, la verdad que ni yo mismo entiendo porque me acusaron de esto, sí en ese tiempo ni me encontraba allí sino en Ayarza ganando un mi dinerito para mantener a mis hijos y ayudar a mi mamá, en ese mes de enero es el mes que abunda el corte de café en Ayarza y allá me encontraba cuando sucedió ese caso, y no sé porque me acusaron de eso, yo en mis noches de desvelo que me ha dolido tanto estar encerrado porque realmente soy inocente, ante mi Dios lindo que está en los cielos yo no debo nada y quisiera que esto se resolviera a favor mío porque no puedo estar detenido por algo que no he cometido, mi familia me necesita, me duele el alma ver los sufrimientos de mi madre viniéndome a ver, ella es diabética yo he lidiado con ella, es triste el caso pero espero que se resuelva a favor mío. A Amado Augusto Pérez Sandoval en lo que tengo de vivir lo he visto como unas tres veces pero jamás he platicado con él solo de vista porque él llegaba a enflorar allí cada año, no conozco donde viví ni se a que se dedica; a Erwin Orlando Grijalva, igual de vista lo he visto nada más que he oído decir que él es fulano de tal, no conozco donde vive ni a que se dedica; a Misael Escobar Mateo, igual de vista jamás hemos hablado oí decir que vivía en la Aldea de Terrones. Si, he utilizado armas de fuego cuando estuve trabajando de seguridad en la capital fue poquito tiempo, fue una treinta y ocho revolver y nueve milímetros, las escopetas las he visto pero realmente nunca he tenido en mis manos unas, con el señor Calletano Contreras Ávila, jamás tuve problemas con esa gente por eso le digo que no sé porque me involucran en este problema,

yo me fui para Ayarza el diecisiete de enero hasta el ocho de febrero que regrese del dos mil once, trabajaba en una finquita que está en unos caseríos trabajaba cortando café me pagaban cincuenta quetzales diarios, trabajaba con una señora Enma Lemus, se llamaba Caserío El Retiro, en Ayarza, creo que pertenece a Jutiapa. La cosecha de café allí empieza antes de la navidad pero lo mero bueno es de enero en adelante, en febrero fue que regrese a la Aldea La Rinconada donde vivía, Leonel Zepeda, Leonidas Martínez se dieron cuenta porque allá trabajaban conmigo, la cosecha termina a finales de febrero porque en los primeros días de marzo se termina el corte de café yo regrese en febrero porque vine a ver a mi familia y porque se celebra la fiesta de Monjas, yo trabajaba de seis y media de la mañana a las cuatro de la tarde, cortamos como un quintal diario, allí vivíamos en la finca, a veces nos quedábamos todos juntos allí porque los otros salían a traer comida a sus casas y regresaban, el ocho de febrero solo yo Salí y me estuve un par de días en la casa y volví a regresar a trabajar, en mi casa estaba mi esposa, mi papa, mi mamá, mi hermana. **El tribunal estima la declaración como su defensa material, de conformidad con el artículo 16 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en cuanto a que en proceso penal ninguna persona está obligada a declarar contra sí misma; será del análisis de la prueba vertida en el debate como se establezca si persiste el estado de inocencia de que se encuentra investido constitucionalmente.** - - - - -

A) PRUEBA PERICIAL: - - - - -

A.1) LUIS ARTURO HERRERA LEMUS: No conoce al acusado, ni al fallecido. Según el informe rendido numeral cinco, Conclusiones: Fractura multifragmentaria en cráneo, Laceración de tejido cerebral, Hemorragia cerebral y cerebelosa extensa, Estallamiento de ojo izquierdo; como causa de muerte, heridas de proyectil de arma de fuego y de escopeta en cráneo, que se determino por los hallazgos encontrados en necropsia, había hallazgos de un encamisado de un proyectil y un perdigón en la parte del cerebro, presentaba dos lesiones, la número uno son múltiples lesiones por proyectil de arma de fuego tipo escopeta, la necropsia realizada se trata del cadáver de la persona que fue remitido por el formato de levantamiento de cadáveres a nombre de Calletano Contreras Ávila, de cuarenta y cinco años de edad. Ratifico dicho informe. Las heridas que se evidenciaron en el examen externo en el inicio fueron heridas por proyectil de arma de fuego tipo escopeta por la característica de la lesión, desde el punto de vista del examen interno, luego en el examen interno principalmente en el numeral cuatro punto dos punto uno al cuatro punto dos punto tres donde está todas las lesiones multifragmentarias de cráneo y las heridas del tejido cerebral y en el apartado de lesiones en el numeral uno punto tres último párrafo dice, se evidencia

un perdigón y un encabezado de proyectil de arma de fuego intra craneano en tejido cerebral, el encamisado es una parte de una ojiva de proyectil no de una escopeta, por lo cual uno puede deducir que es una herida de proyectil de arma de fuego y a la vez de una escopeta, dice que, estaba alojado en tejido cerebral el cual se extrajo, se embala y se inicia cadena de custodia para análisis posterior, el tejido cerebral es adentro de la bóveda cerebral puede ser por adelante o por detrás, aparentemente en lesiones uno punto uno dice, a nivel de hemi cara derecho con múltiples orificios de proyectil de arma de fuego de forma circular, y la característica de este tipo de arma es que dependiendo la distancia va a dejar cierta característica, en este caso eran múltiples del lado izquierdo donde generalmente se evidenció que pudo haber entrado las heridas de arma de fuego, la herida de escopeta son múltiples por los múltiples perdigones que se encontraron y que salen obviamente al entrar salieron varios, lo que se encontró únicamente a nivel de la cabeza fue un encamisado y un perdigón, entonces por los perdigones y el encamisado la causa de muerte es, heridas de proyectil de arma de fuego y de tipo escopeta; sí hay un encamisado que se puede determinar que es de proyectil distinto a herida por escopeta, las heridas producidas por escopeta es múltiple entonces van haber más heridas por perdigones, según lo que encontramos tenía una herida en cabeza y otra en toraco abdominal izquierda, entonces pudo haber sido que lo hubiera provocado varios disparos por escopeta; en el numeral cuatro punto dos, Galea, es una capa que recubre debajo del cuero cabelludo y allí había una acumulación de sangre lo que comúnmente llamamos como chinchón, que estaba en parieto occipital izquierdo, cráneo y silla turca, cráneo es toda la cabeza y silla turca es la base donde se coloca la glándula ipofis, las heridas de la cara estaban en el lado izquierdo a nivel de hemi cara derecha, la herida pudo haber sido de cerca. **A este medio de prueba pericial, el Tribunal LE CONCEDE VALOR PROBATORIO, por considerar que es a través del mismo y de la deposición del perito, que se prueba la muerte violenta del agraviado: Calletano Contreras Ávila, y que concluye como causa de muerte: 1. Fractura multifragmentaria en cráneo; 2. Laceración de Tejido Cerebral; 3. Hemorragia Cerebral y Cerebelosa Extensa; 4. Estallamiento de ojo izquierdo; Y que como causa de muerte refiere ser por heridas de proyectil de arma de fuego y de escopeta en cráneo; lo que se confirma con el certificado de defunción número diecinueve millones ochocientos trece mil novecientos quince, extendida por el Registro Nacional de las Personas, Monjas, Jalapa y que a través de la cual quedó inscrita la defunción número doscientos cincuenta y ocho de: Calletano, Contreras Ávila, en el que se establece la causa de**

defunción. Aunado a lo valorado, existe correlación con el acta de reconocimiento judicial de cadáver de fecha veintisiete de enero de dos mil once, suscrita por el Juez de Paz del municipio de Monjas, departamento de Jalapa; asimismo inspección ocular contenida en acta de fecha veintisiete de enero de dos mil once, practicada por el Auxiliar Fiscal Edgar Danilo Castillo Pernillo, en el lugar donde falleció Calletano Contreras Avila y que documenta de forma gráfica del lugar y del cadáver, con álbum fotográfico elaborado por el fotógrafo del Ministerio Público Elmer Antonio Najarro Quiñónez, por lo que prueba para acreditar la muerte violenta del agraviado.-----

A.2) STANLEY CARLOS CACAO COY: Como lo menciona en el encabezada tuve a la vista indicios que fueron recolectados para realizar peritaje balístico, y la descripción técnica dice, un encamisado de proyectil de arma de fuego y una posta de cartucho para arma de fuego; según el numeral seis de conclusiones, el indicio identificado como BAL – once – dos mil ciento cuarenta y siete – uno, es un encamisado de proyectil de arma de fuego perteneciente a la familia del calibre nueve milímetros (nueve milímetros, punto treinta y ocho y punto trescientos cincuenta y siete entre otros); el indicio identificado como BAL – once – dos mil ciento cuarenta y siete - dos, es una posta de cartucho para arma de fuego tipo escopeta denominación cero cero ó cero cero cero sin valor comparativo. Donde está entre paréntesis, por la familia del calibre porque un encabezado puede ser de cualquier de estos proyectiles y por no tener una arma para comparar no se puede establecer a cuál de ellos pertenece el encabezado en ese momento; en la conclusión último párrafo, se le da la denominación porque es una parte de un simple proyectil que se utiliza para las armas tipo escopeta, esa es la razón por la cual se le da valor comparativo; los indicios que tuve a la vista después del análisis que se le realiza en el laboratorio son trasladaros a indicios del INACIF y posteriormente al almacén respectivo en este caos al almacén de evidencias del Ministerio Público de Jalapa. En el informe seis punto uno como lo mencione anteriormente no se puede decir específicamente un calibre y habría que hacer un examen microscópico para poder determinarlo; en el inciso seis punto dos para las escopetas se utilizan cartuchos que tienen varias denominaciones esto debido al diámetro podría ser por la medida y el peso, se le da determinación o denominación de posta, pero hay algunas más pequeñas que se llaman perdigones, pero la escopeta puede dispararlos, hay diferentes calibres de escopetas hay calibre doce, dieciséis, y cualquier tipo de posta puede haber sido disparado por cualquier tipo de calibre. **Al medio de prueba que antecede, el tribunal NO LE CONCEDE VALOR PROBATORIO, al considerar que no existe vinculación**

entre el peritaje realizado y el hecho que ha quedado acreditado en relación al acusado, pues únicamente se determinó la muerte y la causa de la muerte, pero no se determina la participación del acusado en esa muerte violenta de Calletano Contreras Ávila.- - - - -

B) PRUEBA TESTIMONIAL: - - - - -

B.1) OSCAR BARRERA CERNA: Conoce al acusado porque es su vecino y a don Calletano lo conoció de vista. Vivo en Caserío La Rinconada, Monjas Jalapa desde que nací hace sesenta y cinco años y allí he vivido toda mi vida, conozco a Mynor Eliu desde que él nació lo vi crecer yo era hombre y él puro niño yo lo chinee a él, vivíamos como a unas cuarenta brazadas nos dividía una casa, conozco a la mamá se llama Amabilia González, el papá todavía vive se llama Abel Valladares, yo fui en el dos mil once, presidente del Cocode del Caserío La Rinconada, se trabaja con la ayuda de los alcaldes para el bien de la comunidad, Mynor Eliu era agricultor, cortaba leña, parece que salió a trabajar a una finca cafetalera de Ayarza, me parece que salió el diecisiete de enero de dos mil once, a Santa Rosa y regreso como el ocho de febrero me di cuenta porque yo lo vi cuando regreso. Soy agricultor siembro maíz, brócoli, tengo mis sembradillos como a dos kilómetros y medio de mi casa, y voy casi día a día, salgo a las siete de la mañana y regreso a las cuatro de la tarde, cuando regreso jalo leña y miro los animales, para ir a mi trabajo paso por la casa de Mynor Eliu y él tenía sus sembradillos allí siempre en las palmas como a dos kilómetros y medio de la casa también él sembraba maíz y frijol, él también salía desde la mañana a trabajar como trabajaba con su papá de ellos son los sembradillos, en el mes de enero se siembra brócoli, frijol y maíz de riego, nunca le vi arma de fuego a Mynor Eliu, conocí de vista al señor Calletano vivía en caserío El Sesteadero, a Amado Augusto no lo conocí, a Amado Augusto Pérez no lo conocí, a Misael Escobar lo conocí de vista nada más como que era pescador en la laguna y sembraba frijol y maíz también, no tuve información que don Calletano tuviera problemas con nadie, Mynor Eliu vivía como a ocho kilómetros de don Cayetano. - - - - -

B.2) LEONIDAS MARTINEZ VASQUEZ: Es amigo del acusado, no es pariente, sí conoció a don Calletano. Conoció al acusado en una finca de Ayarza cuando andaban cortando café, nosotros vamos a cortar café en el tiempo de que es corte de café en enero y se termina en abril porque son como tres o cuatro meses el corte, la finca es en Ayarza no tenía nombre, la dueña me recuerdo que era una señora que se llamaba Enma no me recuerdo del apellido, allí nos estaban pagando cincuenta por día nos levantábamos a las

seis y entrábamos a las siete, salíamos a las siete, lo más que cortábamos eran sesenta o ochenta libras no cortábamos el quintal como estábamos por día, llegan como cincuenta personas a cortar café, lo conocí a él porque llegó el diecisiete de enero y se vino el ocho de febrero porque todos nos venimos porque se termino y dejamos que se madurara, yo agarre para mi casa, nos despedimos y ya no nos vimos más, nosotros salíamos a bañarnos y regresábamos a la casa porque allí teníamos que estar.-----

Yo soy del Botadero departamento de Jutiapa como a dos kilómetros de la finca donde trabajábamos, no viajaba todos los días, Salí el dieciséis de enero para la finca a cortar, habían otras personas allí, el horario era de siete de la mañana a tres de la tarde, cuando salía de trabajar iba a buscar leña para juntar el fuego para hacer la comida, tengo tres años de ir allí a cortar, hay veces que llegan hasta cien personas cuando comienza ya el corte, allí en efectivo nos pagan, firmábamos un libro a las tres cuando cumplíamos el día allí nos ponían los cincuenta, el libro lo tenía un muchacho que se llamaba Giovanni, tenía como veinticinco años quizás, él solo eso hacía solo se encargaba del libro era como un caporal, yo vivo en el Botadero pero de la finca no nos veníamos, vivíamos allí mismo en la finca de Ayarza hacíamos una champita para dormir como cinco personas, Mynor Eliu dormía en esa misma champa, como con Mynor solo juntos andábamos, él cortaba café igual que lo que yo hacía, allí solo cortado hacíamos, solo nos pedían DPI o Cédula, solo en efectivo nos pagaban. **A las dos declaraciones que anteceden, el Tribunal NO LES CONCEDE VALOR PROBATORIO, pues a los testigos examinados en audiencia, son únicamente personas referenciales en cuanto a la actitud del acusado, más no para probar la participación del acusado en el hecho que se acusado por parte del ente fiscal, en tal virtud los mismos por ser propuestos por la defensa del acusado, no puede probar en contra del mismo, por lo que sus relatos no proveen al proceso convicción o no de la participación del acusado en el hecho que es objeto de la plataforma de acusación del ente fiscal.** - - - - -

C) PRUEBA DOCUMENTAL. - - - - -

C.1) Acta de Reconocimiento Judicial de cadáver, de fecha veintisiete de enero del dos mil once, suscrita por el Juez de Paz del municipio de Monjas departamento de Jalapa, que documenta el reconocimiento por parte de dicho funcionario, del cadáver del ofendido Cayetano Contreras Ávila. **A este medio de prueba, El Tribunal LE OTORGA VALOR PROBATORIO, pues con el mismo se prueba la diligencia judicial de levantamiento de cadáver de Calletano Contreras Ávila, reconocimiento del lugar por parte del**

señor Juez de Paz de Monjas, Jalapa y que se complementa con la Inspección ocular contenida en acta de fecha veintisiete de enero del año dos mil once, practicada por el Ministerio Público a través del auxiliar fiscal Edgar Danilo Castillo Pernillo, en el lugar donde falleció el señor Calletano Contreras Ávila, ubicada en caserío El Sestiadero, de aldea Plan de la Cruz del municipio de Monjas, departamento de Jalapa. asimismo con el álbum fotográfico de fecha dos de febrero del año dos mil once, elaborado por el auxiliar fiscal del Ministerio Público Edgar Danilo Castillo Pernillo, compuesto de diez fotografías a color y que complementan la inspección ocular de fecha veintisiete de enero del año dos mil once y Álbum fotográfico de fecha dos de febrero del año dos mil once, elaborado por el fotógrafo del Ministerio Público Elmer Antonio Najarro Quiñónez, compuesto de treinta y dos fotografías a color obtenidas en la morgue del Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala, con sede en la ciudad de Jalapa, que documentan el cuerpo sin vida de la víctima y las lesiones que presentaba; con lo que se prueba la muerte violenta que sufriera el señor Calletano Contreras Ávila, hecho acreditado por el tribunal y valorado junto al dictamen pericial del Doctor Luis Arturo Herrera Lemus. - - - - -

C.2) Informe de fecha veintisiete de enero del año dos mil once, rendido por el investigador Abel Humberto Barillas Sarceño, según oficio número treinta y nueve / dos mil once, que contiene la investigación preliminar de la muerte del señor Calletano Contreras Ávila. **Al medio de prueba que antecede, El Tribunal NO LE OTORGA VALOR PROBATORIO, pues dicho informe no es suficiente para generar certeza jurídica que soporte la acusación fiscal en contra del acusado, sino que es oportuno que existiesen mas medios de prueba que permitan concatenar unos con otros y quebrantar el principio de presunción de inocencia que le asiste al acusado, en tal virtud y en ausencia de medios probatorios suficientes para sostener la acusación fiscal, se debe dictar a su favor, sentencia de carácter absolutorio.** - - - - -

C.3) Dictamen pericial PJAL- dos mil once – cero cero cero veinte, INACIF – dos mil once – cero cero seis mil seiscientos cuarenta y dos, de fecha treinta y uno de enero de dos mil once, rendido por el doctor Luis Arturo Herrera Lemus, del Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala, relacionado a la necropsia practicada al cadáver del ofendido Calletano Contreras Ávila, sobre las lesiones que presentaba el cadáver de la víctima y la causa de la muerte. **Este medio de prueba fue valorado junto a la declaración pericial.**

C.4) Certificación extendida por el Registro Nacional de las Personas del municipio de

Monjas, departamento de Jalapa, de la partida de defunción número doscientos cincuenta y ocho, donde consta que con fecha veintisiete de enero del dos mil once, falleció el señor Calletano Contreras Ávila. **Con el presente documento se prueba el deceso del señor Calletano Contreras Ávila y su inscripción registral, por lo que SE LE OTORGA VALOR PROBATORIO.** - - - - -

C.5) Dictamen Pericial número BAL – once – dos mil ciento cuarenta y siete, INACIF – once – seis mil seiscientos cuarenta y dos, de fecha siete de marzo de dos mil once, rendido por el perito Stanley Carlos Cacao Coy del Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala, relacionado a la pericia practicada sobre el encamisado de proyectil de arma de fuego y posta de cartucho de arma de fuego, extraídos por el procedimiento de necropsia al cadáver de Calletano Contreras Ávila. **El presente medio de prueba ya fue valorado al analizar la declaración del perito.**- - - - -

C.6) Dictamen pericial número BAL – once – cinco mil seiscientos cincuenta y tres, INACIF – once – veinticinco mil trescientos once, de fecha cuatro de mayo de dos mil once, rendido por el perito Moisés David Cifuentes Rodas, del Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala, con relación a la prueba balística practicada sobre la evidencia o proyectil de arma de fuego localizada por el Ministerio Público en el lugar del hecho. **Al medio de prueba que antecede, el Tribunal NO LE OTORGA VALOR PROBATORIO, en virtud que el perito que lo realizó y que en audiencia debió ampliar, modificar o confirmar, como así está establecido en la ley, no fue escuchado en audiencia por haber estado mal identificado según requerimiento fiscal.** - - - - -

D) PRUEBA MATERIAL: - - - - -

D.1) Tres Casquillos de proyectil de armas de fuego, en cuyo culote se lee nueve milímetros, perdigones de cartucho para escopeta, y una ojiva calibre ignorado, localizados por el Juez de Paz del municipio de Monjas, departamento de Jalapa, en el lugar donde fue asesinado el señor Calletano Contreras Ávila. - - - - -

-

D.2) Un Encamisado de proyectil de arma de fuego y una posta para cartucho de arma de fuego, extraídos por el procedimiento de necropsia al cadáver del ofendido Calletano Contreras Ávila. - - - - -

D.3) Un Proyectil de arma de fuego, perteneciente a la familia nueve milímetros, localizado por el Ministerio Público en el lugar del delito. **A los tres medios de prueba material que**

antecedentes, se analizan en su conjunto y el Tribunal NO LES OTORGA VALOR PROBATORIO, en virtud de no ser útiles para el esclarecimiento de la verdad.- - - - -

V) DE LA EXISTENCIA DEL DELITO Y CALIFICACION JURIDICA: Para establecer la existencia del delito, debe necesariamente relacionarse la existencia del hecho y que la conducta ejecutada por el autor se encuentre prevista en la Ley Penal para podersele atribuir, es decir, que para que una conducta se considere delito debe reunir los requisitos de acción (u omisión) que abarca un comportamiento voluntario humano, que previamente se planea en el pensamiento y se ejecuta en el mundo externo y debe ser consecuencia de una acción normalmente idónea para producirlo; la tipicidad como condición de hallarse el hecho descrito en la ley; la antijuridicidad que se entiende como lo que es ilícito y la culpabilidad que es el reproche del comportamiento ilegal (la aptitud de conocer lo prohibido). Para el caso de estudio, se debe establecer si la conducta del acusado encuadra en el tipo penal de ASESINATO (como Premisa Mayor) y si es responsable penalmente del mismo, al encuadrar la figura tipo del delito en el hecho que deberá ser acreditado con las constancias procesales (Premisa Menor) y que esta subsunción en la ley penal vigente se arribe a la conclusión que determine en la participación del acusado en el hecho acreditado, en tal sentido, se debe adecuar la acción antijurídica en los silogismos jurídicos, y en el presente caso, se tiene para probar la acción del acusado en la comisión del delito, que según el Código Penal en el artículo 132, establece:” Asesinato. Comete asesinato quien mate a una persona: 1) Con alevosía; 2) Por precio, recompensa, promesa, ánimo de lucro; 3) Por medio o en ocasión de inundación, incendio, veneno, explosión, desmoronamiento, derrumbe de edificio u otro artificio que pueda ocasionar gran estrago; 4) Con premeditación conocida; 5) Con ensañamiento; 6) Con impulso de perversidad brutal; 7) Para preparar, facilitar, consumir y ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o la inmunidad para sí o para coparticipes o por no haber obtenido el resultado que se hubiere propuesto al intentar el otro hecho punible; 8) Con fines terroristas o en desarrollo de actividades terroristas. Al reo de asesinato se le impondrá prisión de 25 a 50 años, sin embargo se le aplicara la pena de muerte en lugar del máximo de prisión, si por las circunstancias del hecho y de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor particular peligrosidad del agente. A quienes no se les aplique la pena de muerte por este delito, no podrá concedérseles rebaja de pena por ninguna causa.” Motivación jurídico doctrinaria: El elemento fundamental, sobre el cual gira la imputabilidad penal en el Delito de Homicidio simple es el ánimo o voluntad de matar, expresada por el sujeto activo, siendo fundamental este elemento. Siendo el ánimo de

matar, un elemento estrictamente subjetivo, verificando a través de una mera función de carácter psíquica, que se origina en la mente del sujeto activo siendo necesario recurrir a determinados elementos objetivos con el fin de que por medio de estos se pueda determinar la existencia de voluntad criminal. Siendo en el presente caso el medio empleado y la localización de las heridas en el sujeto pasivo; es decir que se advierta de los medios de prueba producidos, la existencia de medios adecuados para ejecutar la acción delictuosa, o sea que haya surgido con anterioridad en la mente del autor; es decir que la figura central con sus elementos generales es el homicidio, al que se denominará Asesinato, en el momento en el que concurren, formando una unidad cualquiera de las circunstancias que el Código Penal enumera en su texto. Circunstancias objetivas son todos aquellos medios, modos o formas que se dirigen en su acción al resultado del delito y a la ejecución propia de sus actos materiales, o sea, a la producción mejor asegurada, de la muerte del sujeto pasivo, en razón del estado de indefensión en que se éste se encuentra ante la actitud asumida por el sujeto activo. Las que se clasifican, en la Alevosía, El ensañamiento - Circunstancias calificativas de carácter subjetivo encontramos: La Premeditación, El Impulso de perversidad Brutal. Y por la forma que se produjo el hecho, o sea por la forma en que se ejecutaron los actos materiales propios del delito, como se acreditó de la prueba producida, que existieron las circunstancias tanto objetivas como subjetivas, contenidas en el artículo 132 del código Penal, que en su parte conducente preceptúan: Hay alevosía, cuando se comete el delito empleando medios, modos o formas, que tiendan directa o indirecta o especialmente a asegurar su ejecución, sin riesgo que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido, o cuando éste, por sus condiciones personales o por circunstancias en que se encuentra, no pueda prevenir, evitar el hecho o defenderse. Hay premeditación conocida, cuando se demuestre que los actos externos realizados, revelen que la idea del delito surgió en la muerte de su autor, con anterioridad suficiente a su ejecución, para organizarlo, deliberarlo o planearlo y que, en el tiempo que medió entre el propósito y su realización, preparó ésta y la ejecutó fría y reflexivamente”, Ensañamiento, e Impulso de perversidad brutal ,las cuales a criterio de los que juzgan quedaron establecidas, por la localización de las heridas en el sujeto pasivo, que produjo múltiples heridas por proyectil de arma de fuego según el resultado de la necropsia realizada al cadáver de la víctima que lo determinó el dictamen médico forense, Doctor Luis Arturo Herrera Lemus, la certificación de defunción expedida por el Registro Nacional de las Personas, diligencia de levantamiento de cadáver del Juez de Paz de Monjas, Jalapa, acta ministerial de levantamiento de cadáver y álbum fotográfico que ilustra la localización

del cadáver, en el lugar, modo y heridas sufridas a que se hizo referencia anteriormente valorados positivamente; se establece el animus necandi, requisito indispensable para determinar para la existencia del dolo de muerte. “Introducción al Derecho Penal Guatemalteco Parte Especial, Guillermo Alfonso Monzón Paz. Primera Edición 1980, pág. 10, 11, 12, 18, 19, 20, 21 y 22.” En este orden de ideas, en atención a la motivación anterior los que juzgamos estimamos con base a los medios de prueba producidos en la audiencia del debate oral y público valorados positivamente, que la acción realizada por el victimario o victimarios en el presente caso, es por el delito ASESINATO, tal como lo refiere la acusación presentada por el Ministerio Público. -----

LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL ACUSADO Y DE LA PENA A IMPONER:- -----

En el presente caso de los medios de investigación valorados en forma conjunta positivamente los que juzgamos en base a la prueba producida, como ya se dijo no permiten dar por acreditados los hechos de la acusación atribuidos al hoy acusado y dicha conducta materializada no encuadra en el delito por el cual se le acusa, pues se estima que el delito existe cuando la acción que realiza una persona es penalmente relevante, es decir que se encuentra en las categoría de nuestro ordenamiento sustantivo penal: o sea que es indispensable determinar si la acción u omisión es típica, antijurídica y no existe ninguna causa de justificación que impida la trayectoria normal para llegar a la culpabilidad, para establecer este comportamiento antijurídico nuestro ordenamiento penal adjetivo, nos obliga a confrontar los hechos que quedaron acreditados con los elementos de cada tipo penal propuesto por el Ministerio Público. -----

Refiere el tratadista Erick Juárez E., en su libro Ministerio Público versus Impunidad, Primera Edición, Guatemala, febrero de 2013, págs. 17, 18, 59. AMBIVALENCIA FUNCIONAL. El fiscal debe asumir una posición específica, clara y sólida en los juicios penales, que responda a sus funciones normativamente impuestas, así como a los fines institucionales y perspectivas actuales del qué hacer del ente fiscal. En ese contexto, la persecución penal una vez fijado el litigio, tiene por objeto sostener la acusación en juicio para la obtención de una sentencia de condena (aun y cuando ello es discutible como fin de la pena y existe una amplia reflexión teórica entre la prevención positiva y negativa) que cause los efectos penales de la prevención general y especial, por lo que al no tenerse claro el objeto de la función fiscal en cuanto a la persecución penal, se genera un síndrome de la acusación desprolija, en donde lo que se importa es acusar sin valorar la suficiente probabilidad de condena en juicio, de lo cual se derivan las altas tasas de absoluciones,

tanto por falta o por un mal proceso de selección de casos para acusar, como por la falta de preparación del juicio, tanto en los aspectos logísticos para la comparecencia de testigos y peritos, como respecto al contenido o versión del testimonio de éstos. - - - - -

En tal virtud, se tiene de acuerdo a los medios de prueba diligencias la existencia del delito en la forma en que ha quedado acreditado, más no la participación del acusado en los hechos de la muerte violenta del señor: CALLETANO CONTRERAS AVILA, por los motivos considerados y valorados, por lo que procede en tal efecto decretar SENTENCIA DE CARÁCTER ABSOLUTORIA, haciendo cesar las medidas de coerción en contra del acusado y encontrándose el hoy acusado en las cárceles públicas de esta localidad, manda que continúe en la misma situación en tanto se encuentre firme la presente sentencia.- - -

CUESTIONES PREVIAS: - - - - -

El artículo 369 del Código Procesal Penal, establece: Todas las cuestiones incidentales que se pudieran suscitar serán tratadas en un solo acto, a menos que el tribunal resuelva hacerlo sucesivamente o diferir alguna, según convenga al debate. En la discusión de las cuestiones incidentales se les concederá la palabra una única vez, por el tiempo que establezca el presidente, al Ministerio Público, al defensor y a los abogados de las demás partes.- - - - -

En audiencia y en la etapa procesal el abogado defensor del acusado planteó como cuestión previa o incidental, el siguiente: **INCIDENTE DE EXCLUSION DE LA PRUEBA DE DECLARACIÓN DE ANTICIPO DE PRUEBA DE LOS SEÑORES: SEDYSSADI CONTRERAS MATEO Y ADELIO CONTRERAS MATEO**, con lo que pretendió se dejara sin conocer las declaraciones que en calidad de anticipo de prueba fuera recibida de las personas Sedyssadi Contreras Mateo y Adelio Contreras Mateo, por haberse violado el principio de legalidad, al no llenar requisitos propios de la ley procesal. El incidente planteado por la defensa del acusado **SE DECLARA PROCEDENTE** pues es importante tomar en cuenta que los medios de prueba para ser admitidos deben ser prueba pertinente y se rechazará la que fuere abundante, innecesaria, impertinente o ilegal y en el presente caso al recibir las declaraciones de Anticipo de Prueba, el artículo 317 Código Procesal Penal, último párrafo, establece que cuando se tema por la vida y/o integridad física del testigo se tomará su declaración testimonial como anticipo de prueba por videoconferencia u otro medio electrónico, con la presencia del abogado defensor designado por el imputado y en su defecto por el que designe la Defensa Pública Penal; y en su caso de no existir

imputado, igualmente se hará comparecer a un defensor público de oficio, para garantizar la legalidad de la declaración testimonial en esta forma; en tal virtud, al no guardar el principio de legalidad y de defensa a favor del acusado, dicha prueba **debe ser excluida del acervo probatorio de la plataforma fáctica de acusación del ente fiscal**, por lo que no prueba en contra del acusado al ser prueba ilegal, pues no se garantizó la presencia de abogado de confianza o del Instituto de la Defensa Pública Penal y no vulnerar la tutela judicial efectiva que le asiste al acusado, pues él ya era sindicado dentro del proceso al momento de realizar tal diligencia.-----

DE LA REPACION DIGNA Y COSTAS PROCESALES. En cuanto a reparación Digna establecida en el artículo 124 del Código Procesal Penal, que establece: La reparación a que tiene derecho la víctima comprende la restauración del derecho afectado por el hecho delictivo, que inicia desde reconocer a la víctima como persona con todas sus circunstancias como sujeto de derecho contra quien recayó la acción delictiva, has las alternativas disponibles para su reincorporación social a fin de disfrutar o hacer uso lo más pronto posible del derecho afectado, en la medida que tal reparación sea humanamente posible, y en su caso, la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la comisión del delito, deben observarse las siguientes reglas: 1. La acción reparadora podrá ejercerse en el mismo proceso penal una vez dictada la sentencia condenatoria. 2. En la audiencia de reparación se deberá acreditar el monto de la indemnización, la restitución y, en su caso, los daños y perjuicios conforme a las reglas probatorias y, pronunciarse la decisión inmediately en la propia audiencia. Por la naturaleza del fallo, no se hace pronunciamiento en cuanto a la Reparación Digna a la o las Víctimas, pues en el presente proceso se dictó sentencia absolutoria. En cuanto a las costas procesales éstas las soporta el Estado, en virtud de la sentencia dictada en el proceso instruido contra el acusado. - - - -

VIII) PARTE RESOLUTIVA: Con fundamento en los artículos: 7, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 1, 2, 3, 4, 6, 8, 12, 14, 17, 44, 203 y 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 45, 87, 89, 108, 141, 142, 142 bis, 143, 147, 154, 156, 165 de la Ley del Organismo Judicial; 10, 11, 13, 14, 19, 20, 35, 36, 41, 42, 44, 50, 51, 56, 59, 60, 62, 65, 66 y **132 del Código Penal**, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala; 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 11, 11 BIS, 14, 16, 21, 37, 40, 43, 45, 48, 52, 70, 75, 101, 107, 108, 109, 116, 117, 142, 145, 146, 147, 148, 150, 160, 161, 162, 163, 165, 166, 167, 168, 169, 171, 173, 178, 180, 181, 183, 184, 185, 186, 362, 363, 364, 381, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 392, 395, 396, 397, 398, 415, 418, 492, 493, y 507 del Código

Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala; al existir ausencia de prueba **EL TRIBUNAL POR UNANIMIDAD DECLARA: I) SE DECLARA CON LUGAR EL INCIDENTE DE EXCLUSION DE LA PRUEBA DE DECLARACIÓN DE ANTICIPO DE PRUEBA DE LOS SEÑORES: SEDYSSADI CONTRERAS MATEO Y ADELIO CONTRERAS MATEO**, planteado por la defensa del acusado, por lo considerado; **II)** Se absuelve a **MAYNOR ELIU VALLADARES GONZALEZ**, en el hecho que por el delito de **ASESINATO**, se le abriera a juicio penal, entendiéndosele libre de todo cargo; **III)** No se hace pronunciamiento en cuanto a la Reparación Digna, por la naturaleza de la sentencia; **IV)** Por la naturaleza del fallo, las costas procesales las soporta el Estado; **V)** Encontrándose el hoy acusado en las cárceles públicas de esta localidad, manda que continúe en la misma situación en tanto se encuentre firme la presente sentencia; **VI)** Al estar firme el presente fallo archívese. **VII)** Se hace saber a las partes procesales su derecho y plazo de diez días para interponer su recurso de Apelación Especial correspondiente, al vencimiento del cual sin hacer uso de ese derecho, se entenderá firme el fallo; **VIII)** Notifíquese.-

ABOGADO IRMA LETICIA VALENZUELA DAVILA

JUEZ PRESIDENTE

ABOGADA MARIA BELEN REYNA SALAZAR

JUEZA VOCAL

ABOGADO VICTOR MANUEL CRUZ RIVERA

JUEZ UNIPERSONAL

JUANA AMABILIA ORTIZ ARGUETA

SECRETARIA.-